This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

GIFT OF

Germany

UEBER

EXECUTORISCHE URKUNDEN.

FESTGABE ZUM 50-JÄHRIGEN DOCTOR-JUBILÄUM

VON

GEHEIMERATH PROFESSOR

DR. JULIUS WILHELM VON PLANCK

AN DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN.

IM AUFTRAGE DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FACULTÄT

DER UNIVERSITÄT WÜRZBURG

VERFASST VON

DR. JOS. KOHLER,

PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT WÜRZBURG, AUSWÄRTIGEM MITGLIEDE DES INSTITUTS VOOR DE TAAL-LAND-EN VOLKENKUNDE VAN NEDERLANDSCH-INDIE IN HAAG, CORRESPONDIRENDEM DELEGIRTEN DER SOCIÉTÉ ACADÉMIQUE INDO-CHINOISE ZU PARIS, CORRESPONDIRENDEM MITGLIEDE DER SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE IN PARIS.

WÜRZBURG.

DRUCK DER STAHEL'SCHEN BUCHDRUCKEREI.

1887.

For Tr
K

Hochverehrter Herr Jubilar!

Fünfzig Jahre sind verstrichen, seit Sie die juristische Doctorwürde erwarben — eine Zeit lebhafter Entwicklung und stetigen Ausbaues der Rechtswissenschaft.

Unter den Namen, welche wir als die Hauptträger dieses Wissenschafts-Fortschrittes verehren, glänzt in vorderster Reihe auch der Ihre. Sie haben durch Ihre klassischen Werke über die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten und über das Beweisurtheil die Civilprocess-Wissenschaft in richtigere Bahnen gelenkt, Sie haben für die ächt wissenschaftliche Behandlung der Processrechtsgeschichte in eben diesen Schriften wie in dem grossen Werke über das altdeutsche Gerichtsverfahren unvergängliche Muster gegeben. Aber auch um die Wissenschaft und Fortbildung des deutschen Strafprocesses haben Sie sich durch Ihre systematische Darstellung des reformirten deutschen Strafverfahrens hohe und bleibende Verdienste erworben. Und erst jüngst wieder, als die deutsche Reichsgesetzgebung das Civilprocessrecht in erfreulichster Weise umgestaltet und hiedurch die deutsche Rechtskultur mächtig gefördert hat, haben Sie, ehrwürdiger Nestor, mit

jugendfrischer Kraft auch dieser neuen Phase processualischer Entwicklung mit dem reichen Schatze Ihres Wissens und Ihrer Erfahrung eine gediegene, von liebevollster Hingebung getragene wissenschaftliche Bearbeitung gewidmet.

Empfangen Sie, hochverehrter Herr Geheimerath, zu Ihrem hohen Ehrentage unseren aufrichtigsten und herzlichsten Glückwunsch. Möge Ihnen noch eine lange Periode gedeihlichsten Schaffens und ungetrübten Lebensglückes beschieden sein!

Würzburg im August 1887.

Die rechts- u. staatswissenschaftliche Facultät der Universität Würzburg.

C. v. Edel. J. v. Held. G. A. Wirsing. C. v. Risch. H. Burckhard. J. Kohler. G. Schanz.

A. Dogmatischer Theil.

I.

Dass der Process zuerst entscheiden und dann erst vollstrecken müsse, ist eine Anschauung, welche von irriger Werthschätzung der processualen Operationen getragen ist und welche auf dem Gedanken beruht, als ob im Processe die logische Entwickelung entscheidend wäre — und nicht das practische Bedürfniss, und nicht der Zweck der Institution im Rechtsleben. Aber nicht das logische Ideal ist es, welches wir in der Jurisprudenz und insbesondere im Process zu verwirklichen haben: was wir zu verwirklichen haben, ist das Ideal des Rechts, das Ideal der rechtlichen Ordnung, das Ideal des Schutzes menschlicher Interessen im Leben der Völker.

Jahrtausende lang war der Weg ein umgekehrter: zuerst Selbsthülfe oder zuerst Vollstreckung, dann erst Straf- und beziehungsweise Restitutionsverfahren, dann erst die Entscheidung, ob die Vollstreckung begründet war, dann erst die Entscheidung, ob dem Vollstreckenden ein materieller Rechtsanspruch zur Seite steht. Dass diese Art rechtlichen Vorgehens gleichfalls aufrecht erhalten wird, dass der Berechtigte nicht immer auf den langsamen Weg logischer Deduktion verwiesen wird, bis er zur Realisirung seines Rechts gelangt — daran hängt grossentheils die Energie und die Schneidigkeit des

Rechtslebens. Ein Volk mit lebhaftem Verkehr und energischem Rechtssinne verlangt ein kräftig und ungesäumt eintretendes Recht: im Leben des Rechts, wie im Leben des Staates und im Leben der Völker, gibt es Momente, in welchen sofortiges Handeln noth thut, in welchen die Deduction, welche dieses Handeln rechtfertigt, auf die Folge verwiesen werden muss. Eine Processorganisation, bei welcher das Recht nothwendig den Gang durch das Gewinde processualischen Beweises durchlaufen muss, ehe es mit seinem Schwerte die gegnerischen Machinationen durchhaut, kann den Anforderungen eines gesteigerten Rechtslebens nicht entsprechen. Auch der Urkundenprocess ist nur eine Abschlagszahlung — erst die executorische Urkunde erfüllt in vortrefflicher Weise die Erfordernisse der rechtlichen Ordnung: die Zulassung executorischer Titel ist daher eines der wichtigsten Postulate der Neuzeit — hat man sich einmal an diesen Hebel der Rechtsverwirklichung gewöhnt, so wird es schwer, zu erklären, wie man einstens ohne denselben hat auskommen können.

Der deutsche Urkundenprocess hat seine Vortheile, insbesondere was Privaturkunden und namentlich was Wechsel betrifft: allein er ist nicht im Stande, den Verkehrsbedürfnissen zu entsprechen; denn auch der Urkundenprocess ist ein Process mit Klage und Urtheil, und erst das Urtheil ist vollstreckbar. Das aber, was der Verkehr bedarf, ist die Möglichkeit der Vollstreckung aus einem Rechtsverhältnisse ohne vorhergehendes Urtheil und ohne vorhergehenden Process; das, was der Verkehr bedarf, ist, dass dem Gläubiger ein Mittel gegeben wird, um, ohne den Umweg processualer Gänge, sofort zu seinem Rechte zu kommen. Der Verkehr verlangt, dass Veranstaltungen getroffen werden, damit der Gläubiger ebenso leicht zu seiner Befriedigung gelangen kann, wie ehedem auf dem Wege der Selbsthülfe: die Rechtsordnung muss dahin streben, nicht nur, dass das Recht realisirt, sondern dass es sofort realisirt wird. Jeder Aufschub in der Realisirung des Rechts ist eine Ver-

ringerung des Rechtsschutzes, eine Schmälerung rechtlicher Interessen: jeder Aufschub ist eine Abweichung von dem Ideale rechtlicher Gestaltung, dem wir zustreben sollen, nämlich von dem Ideale, bei welchem sich die rechtlichen Ansprüche sofort realisiren.

Was hier dienen kann, ist allein die executorische Urkunde, welche dereinst im deutschen Processe so kläglich Schiffbruch gelitten hat [1]). Nicht unter allen Umständen kann der Staat dem Gläubiger sofort und ohne Process und Urtheil seine Vollstreckungshülfe gewähren, auch nicht gegen Caution und gegen Uebernahme der Gefahr — ein solches Institut müsste heutzutage als bedenklich erscheinen — der Arrest ist wohl das äusserste, was in solchem Falle, unter entsprechenden Umständen, gewährt werden kann. Anders ist es aber, wenn die Schuld in einer Weise festgesetzt ist, welche vollkommenen Glauben verdient, insbesondere wenn sie festgestellt wird in notarieller Vertragsurkunde: ist eine solche Festsetzung erfolgt, so spricht gar kein plausibler Grund dafür, dass dem Gläubiger die Hülfe der Vollstreckung versagt wird [2]). Etwa

---

[1]) Ueber die Gründe vgl. meine Besprechung der Schrift von *Chorinsky* in der krit. Vierteljahresschr. N. F. III S. 498 f.

[2]) In früheren Processgesetzen, z. B. in der badischen Pr.-O., hatte man in solchen Fällen mindestens das Verfahren mit unbedingtem Mandate. Der § 618 besagte: „Wenn der Kläger alle Thatsachen, welche seiner auf Erfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit gerichteten Klage zum Grunde liegen und die Verpflichtung des Gegners in allen Beziehungen ausser Zweifel setzen, sofort mit fehlerfreien, in Urschriften beigebrachten öffentlichen Urkunden zu erweisen vermag, so kann er auf einen unbedingten Befehl antragen, wodurch der Beklagte zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit innerhalb der zugleich anzuordnenden Frist bei Vermeidung der Vollstreckung angewiesen wird". Was das gemeine Recht betrifft, so sind die Bestimmungen des R. D. Absch. v. 1600 § 31 fg. bekannt. Auch in einigen der Coutumes galt das System, dass auf Grund einer öffentlichen Urkunde zunächst der Richter angerufen wurde; dieser verfügte sodann die Vollstreckung, nachdem der Kläger seine Forderung eidlich bekräftigt hatte. So Coutume von *Valenciennes* a. 74: le crediteur pour en estre payé se pourra retirer pardevers lesdits Prevost, Jurez et Echevins en nombre de sept et illec faire claing en vertu de ladite obligation et y affirmer par serment, present notre Mayeur, ce que luy est deu

weil die Schuld doch vielleicht nicht entstanden ist? Aber man erklärt auch Urtheile für vollstreckbar, obgleich sie noch einer späteren Abänderung unterliegen können; und der Fall, wo die notarielle Urkunde trotz aller Feststellungsgarantieen nichts destoweniger irre geht, liegt sehr ferne; er liegt wohl ebenso ferne, wie der Fall, wo ein Purificationsurtheil (§ 648 Z. 2 d. C.-P.-O.) nachträglich aufgehoben wird. Insbesondere muss dabei berücksichtigt werden, dass der Notar, welcher die Urkunde errichtet, nicht ein blosser Figurant sein soll, sondern prüfen muss, ob das beurkundete Geschäft gültig ist, und seine Hülfe verweigern soll, wenn er findet, dass Dolus, Wucher, Handlungsunfähigkeit u. a. vorliegt [1]). Darum bietet eine solche Vertragsurkunde hinreichende Gewähr für das Entstehen und für die Gültigkeit der Forderung. Wegen einiger weniger Fälle aber, in welchen die Festsetzung ausnahmsweise nicht zutrifft, in welchen ausnahmsweise ein solcher Vertrag nichtig ist — wegen solcher weniger Fälle in tausend und aber tausend Fällen dem Gläubiger die Execution versagen, wäre gewiss ein sehr verkehrtes System. Dazu kommt noch, dass der Schuldner in solchem Falle Mittel hat, um rechtzeitig den Angriffen des Gläubigers zu begegnen oder ihnen gar entgegenzukommen — durch die Vollstreckungsgegenklage bzw. die ihr entsprechende Feststellungsklage. Daher ist, was man über die Gefahr eines solchen Systemes gesagt hat, völlig chimärisch: es läuft darauf hinaus, dass man den Schuldner nicht unzart anfassen solle; aber der Gläubiger will ja nichts anderes, als sein Recht, und diejenige Institution ist die beste, welche so-

---

à raison d'icelle — — — —. Aehnlich auch schon die ältere Coutume v. 1540 a. 34. Eine öffentliche Schuldurkunde heisst hier ayuwe. Vgl. ferner bezüglich des flandrischen Rechts *Warnkönig*, flandrische Staats- und Rechtsgeschichte III 1 S. 313 f.

[1]) Schon in der Ordonnance Philipp des Schönen vom Juli 1304 c. 8 heisst es: quod de contractibus, in quibus noverint interesse vim vel metum vel usurariam pravitatem aut alias (res) de jure aut consuetudine improbatas . . . . instrumenta non faciant . . . .

fort und ohne Umschweife zur Verwirklichung des Rechtes führt. Es besteht kein Recht des Schuldners, diese Verwirklichung zu verzögern; es besteht kein Recht des Schuldners darauf, dass ihm die Umwege und Fristen eines Processes gestattet werden; die ganze Anschauung, als ob es etwas ausser-gewöhnliches oder bedrückendes wäre, wenn das Recht des Gläubigers unverzüglich zu seiner Befriedigung gelangt, als ob der Schuldner eine begründete Anwartschaft darauf habe, den Gläubiger vorher in längerer oder kürzerer Zeit im Processe hinzuhalten — diese ganze Anschauung muss von Grund aus aufgegeben werden; das erstrebenswerthe Ziel ist: dass das Recht möglichst sofort und ohne Umschweife zu seiner Befriedigung gelangt.

In Frankreich betrachtet man die executorische Function als einen natürlichen Ausfluss der authentischen Qualität der Notariatsurkunden; so a. 1319 C. civ., so daher a. 2213 C. civ. und a. 551 C. de proc., Notariatsgesetz v. 25 Vent. XI a. 25 [1]). Die Festsetzung einer Schuld durch notariellen Vertrag ist so stringent, dass das Entstehen der Schuld als nahezu sicher angesehen werden kann. Allerdings kann die Schuld seither erloschen sein — allein dies ist ebensogut bei Urtheilen möglich; allerdings ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass wegen Handlungsunfähigkeit, wegen dolus, metus, error eine wirksame Verbindlichkeit nicht entstanden ist — allein dies sind so seltene Ausnahmsfälle, dass sie kaum in Betracht kommen können — ganz abgesehen davon, dass, wie bereits bemerkt, dem andern Theile, dem angeblichen Schuldner, in solchem Falle prompte Hülfe zu Gebote steht.

Anders wäre es freilich, wenn man davon ausginge, dass die Vollstreckung keine Verwirklichung festgesetzter Civilrechte wäre, sondern die Verwirklichung einer publicistischen Pflicht,

---

[1]) Dem französischen Rechte folgt das italienische. Der C. di procedura a. 554 besagt: sono titoli esecutivi: — — — 3. Gli atti contrattuali ricevuti da notaro o da altro ufficiale pubblico autorizzato a riceverli.

welche erst durch Richtergebot begründet würde: so dass nicht das Civilrecht, sondern das Richtergebot, die richterliche Auflage, der richterliche Befehl der legislative Rechtfertigungsgrund für die Vollstreckung wäre; wenn man annehmen würde, dass die Civilansprüche ohnmächtig wären und nur der richterliche Akt es rechtfertigen würde, dass man dem Schuldner in sein Vermögen tritt und einen Werthbetrag aus seinem Vermögen enthebt. Wäre diess richtig, dann allerdings wäre die vollstreckbare Urkunde eine gewaltige Anomalie; man würde den Schuldner angreifen im Widerspruch mit den Principien des Rechtslebens. Auf diese wundersame Ansicht aber, welche völlig verkennt, dass das Civilrecht in sich seine Kraft hat und dass es lediglich die legislative Aufgabe ist, diese Kraft des Civilrechts in bestmöglicher Weise zum Ausdruck zu bringen; dass die Staatsorgane die Bestimmung haben, nicht erst das Recht zum lebendigen Rechte zu machen, sondern der lebendigen Kraft des Rechts den bestmöglichen Ausgang zu verschaffen und die widerstrebenden Hindernisse zu beseitigen: auf diese seltsame Meinung einzugehen, ist völlig überflüssig [1]). Wo Anspruch ist, da strebt das Recht von selbst seiner Verwirklichung entgegen, und wenn der Staat hier ordnend und regelnd eingreift, wenn er den Boden ebnet und die Hindernisse beseitigt, so erfüllt er seine Staatsaufgabe als Hort des bereits bestehenden Rechtes; und die Vorfrage, welche er dabei stellt, ist nur die, ob der Anspruch genügend festgesetzt ist, oder nicht — damit die Staatsthätigkeit nicht blindlings operire.

---

[1]) Vgl. gegen dieselbe meine Ausführungen in der krit. Vierteljahresschr. N. F. III S. 382, und in *Grünhut*'s Zeitschr. XIV S. 35 f. Etwas anderes ist es, wenn nach § 775 der C.-P.-O. das Gericht eine Strafandrohung erlässt; diese Strafandrohung ist Vollstreckungsakt, sie ist Statuirung einer Strafordnung für den einzelnen Fall. Ebenso verhält es sich, wenn der englische Richter (in Equity) eine Injunction erlässt und der Unfolgsame wegen Contempt of Court in Strafe verfällt.

Es ist daher als principiell unrichtig zu erklären, wenn die deutsche C.-P.-O. [1]), anstatt die executorische Urkunde ohne weiteres zu recipiren, den Unterwerfungsvertrag verlangt, wenn sie die Notariatsurkunde nur gegen denjenigen vollstrecken lässt, welcher durch processualischen Vertrag in die Vollstreckung eingewilligt hat. Warum dies? Ist die objective Festsetzung nicht genügend? Bedarf es noch einer Zustimmung des Schuldners, auf dass der Gläubiger zu seinem Rechte gelangt? Ist solches eine besondere Begünstigung, welche der besonderen Genehmigung bedarf, — und nicht vielmehr ein aus der Existenz der Forderung hervorgehendes Recht, dessen Realisirung gar keine Bedenken haben kann, wenn die Forderung in solcher Weise fixirt ist, wie es in den Notariatsurkunden geschieht? Sollte man etwa noch den Schuldner unterschreiben lassen, dass er sich überhaupt eine Zwangsvollstreckung gefallen lasse? Derartige Clauseln sind nur ein Mittel der Abhülfe in Zeiten, wo die Gesetzgebung noch nicht den richtigen Standpunkt erreicht hat: überall wo die Gläubigerrechte noch nicht zur vollen gesetzlichen Entwickelung gelangt sind, lässt sich der Gläubiger in einer Unterwerfungsurkunde das versprechen, was die Gesetzgebung gewähren sollte [2]).

In Bayern, wo das Beispiel der Pfalz die Reception französischrechtlicher Institute besonders begünstigte, hat man schon vor 50 Jahren für executorische Urkunden plaidirt, und

---

[1]) Wie die hannoveranische C.-P.-O. § 528; vergl. dazu *Leonhardt*, Civilprocessverfahren von Hannover S. 172. — *Leonhardt*, bürgerl. P.-O. S. 343 spricht von einem aussergewöhnlichen Recht, welches man in feste Gränzen eingeschränkt habe. Gerade das ist aber der Irrthum, dass man eine solche Vollstreckbarkeit als etwas aussergewöhnliches behandelte. Auch die österreichische Notariatsordnung v. 1871 § 3 verlangt, dass sich der Schuldner der Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Ebenso die württembergische C.-P.-O. a. 903.

[2]) Oder solche Clauseln suchen einen Standpunkt festzuhalten, welchen die Gesetzgebung bereits aufgegeben hat. Vgl. meinen Shakespeare vor dem Forum d. Jurispr. S. 52 f., mein Recht als Kulturerscheinung S. 18 f. Das ist hier nicht der Fall; hier haben wir nicht ein veraltetes Institut zurückzuweisen, sondern ein neues in unser Rechtsleben aufzunehmen.

die Erfahrungen, welche man hier gemacht, dürften für den Gesetzgeber besonders belehrend sein. Schon der Entwurf eines Notariatsgesetzes von 1851 enthielt Bestimmungen über executorische Urkunden, aber der Entwurf scheiterte, und nicht zum mindesten an diesem Punkte:[1]) die Kammer der Reichsräthe wollte die Executorialität der Urkunde nur gestatten bei ausdrücklicher Zustimmung des Schuldners; und in diesem Sinne kam im Jahre 1856 ein Gesetz über executive Urkunden zu Stande, welches im wesentlichen den gleichen Standpunkt vertrat, wie die jetzige deutsche Pr.-O. in § 702 Z. 5.[2]) Die Dauer dieses Gesetzes war eine kurze, es unterlag dem Notariatsgesetz vom 10. November 1861. Dieses letztere bestimmte in a. 80:

„Notariats-Urkunden, durch welche eine Verbindlichkeit festgestellt ist und aus welchen die Person des Berechtigten und Verpflichteten, der Schuldgrund, der Gegenstand und die Zeit der Leistung erhellen, sind, wenn die Vollziehbarkeitsklausel auf der Ausfertigung beigefügt ist, vollziehbar."

Dem entsprach sodann der a. 822 der bayer. C.-P.-O. von 1869:

„Die Urkunden der bayerischen Notare können im ganzen Königreiche vollstreckt werden, wenn sie in der zur Vollstreckbarkeit vorgeschriebenen Form ausgefertigt und die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Vollstreckbarkeit gegeben sind."

Dieser Bestimmung gegenüber ist der Satz der deutschen P.-O., welcher eine Unterwerfung des Schuldners verlangt, nicht als Fortschritt zu betrachten; und schon die Misslichkeiten, welche sich aus demselben ergeben haben: die Misslichkeit, dass hiernach die Execution gegen den dritten Erwerber eines

---

1) Vgl. *Zink*, Gesetz vom 10. November 1861 das Notariat betreffend (in *Dollmann*'s Gesetzgebung des Königreichs Bayern II 3) S. 640 f.

2) Vgl über dieses Gesetz auch meine Abhandlung über processrechtliche Verträge in *Gruchot*'s Beiträgen XXXI S. 486. 525 f.

Hypothekengrundstücks unstatthaft oder doch sehr problematisch ist — schon diese Misslichkeit, welche dazu führte, dass neben den reichsgesetzlichen Executivurkunden noch besondere landesgesetzliche Executivinstrumente für Hypothekensachen u. a. creirt werden mussten — schon dieses zeigt, dass das angenommene System den richtigen Kern nicht trifft. Ein weiterer Schritt, die Statuirung der Executorialität aller Notariatsurkunden eines bestimmten objectiven Inhaltes ist ein dringendes Postulat der modernen Rechtsentwickelung.

Was nun diesen objectiven Inhalt der Notariatsurkunden betrifft, welche der Vollstreckbarkeit zugänglich sind, so nimmt man auch im französischen Rechte an, dass nur Vertragsurkunden der executorischen Kraft fähig sind, also insbesondere nicht Testamente; auch nicht Erbverträge (in Heirathscontracten)[1]; was sich aus der subtileren Natur dieser Rechtsverhältnisse rechtfertigt[2]). Sodann ist nach dem C. de proc. a. 551 eine Vollstreckung zulässig aus einem titre exécutoire pour choses liquides et certaines; ähnlich a. 2213 C. civ. Darunter versteht man Forderungen auf Geld oder Fungibilien, deren Betrag richtig gestellt ist[3]) — also wie im deutschen Rechte. Eine Bestimmung des französischen Rechts aber ist als besonders nachahmungswerth zu erklären. Auch eine Forderung auf andere Fungibilien, als Geld, wird meist, unter pecuniärer Liquidirung, auf dem Wege der Geldvollstreckung zum Vollzuge kommen. Das französische Recht gestattet nun, dass in solchen Fällen ohne weiteres die Geldvollstreckung durch saisie begonnen werden kann und dass nur die Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens bis zur pecuniären

---

[1]) Vgl. *Bioche*, Dict. de proc. v. Exécution de jugem. nr. 54, *Bolza*, Gesetzgebung über das Notariat in der bayerischen Pfalz S. 445.

[2]) Uebrigens kommt im französischen Rechte des weiteren der a. 1006 des C. civ. in Betracht. Bezüglich des italienischen Rechts vgl. a. 554 C. di proced.: gli atti *contrattuali*.

[3]) Vgl. *Bolza* S. 443.

Liquidirung aufgeschoben werden soll[1]) (a. 551 C. de proc., a. 2213 C. civ.). Eine höchst praktische, den Gläubiger in eminenter Weise sichernde Bestimmung, welche der Processordonnanz von 1667 titre XXXIII a. 2 entnommen ist, wo es heisst:

Les saisies et exécutions ne se feront que pour chose certaine et liquide, en deniers ou en espèces; et si ce n'est en espèces, sera sursis à la vente jusqu' à ce que l'appréciation en ait été faite.

Und dieser Satz der Ordonnanz beruht wieder auf früherer französischer Rechtsübung[2]), er beruht daher, wie so viele Sätze des französischen Processrechts, auf uralter Erfahrung[3]).

Die Umsetzung der Leistung einer anderen Fungibilienquantität in eine Geldleistung geschieht im deutschen Rechte nach Massgabe des § 778. Das Gericht für die Liquidation ist bei Urtheilsansprüchen das Processgericht, bei executorischen Urkunden tritt an Stelle des Processgerichts dasjenige Gericht, welches überhaupt für die Entscheidung materiell rechtlicher Fragen das Processgericht vertritt, nämlich das Gericht, bei welchem der Schuldner den allgemeinen Gerichtsstand oder den Vermögensgerichtsstand hat. Doch darüber ist in dem Folgenden zu handeln.

---

1) *Boitard* (*Colmet — Daage*), Leçons de proc. civ. II p. 192 (ad a. 551), *Carré* (*Chauveau*) Lois de proc. IV ad a. 551.

2) Dem französischen Recht entspricht auch hier das italienische. Der a. 568 C. di proc. besagt: L'esecuzione forzata non può aver luogo per un debito incerto o non liquido. Se il debito sia di specie non liquidate e di effetti non stimati, finchè non sia seguita la liquidazione o fatta la stima, non si può procedere alla vendita dei beni, nè all' arresto personale.

3) Man muss überhaupt in Betracht ziehen, dass, nachdem wir die Verbildungen und Missbildungen des sog. gemeinen Processes aufgegeben haben und zu den Principien des römisch-kanonischen Processes zurückgekehrt sind, die französische Rechtsübung für uns von besonderer Bedeutung geworden ist, weil sie eine Jahrhunderte lange intensive Ausbildung derjenigen Principien bietet, welche wir wieder übernommen haben. Man braucht die Erfahrung nicht von vorn zu beginnen, wenn uns die Jahrhunderte lange Erfahrung verwandter Kulturnationen zu Gebote steht.

II.

Die executorische Urkunde ist eine Veranstaltung, welche genügende Garantieen dafür bietet, dass der in ihr enthaltene Vertrag gültig ist und einen Anspruch aus sich erzeugt; sie bietet genügende Garantieen: die Form ist die Garantie des Rechts. Allerdings ist die Garantie eine nur faktische, d. h. die Urkunde ist trotz ihrer Form und trotz der mitwirkenden Factoren nicht in der Lage, Recht zu machen, wo keines vorhanden ist. Daher unterscheidet sie sich wesentlich von der judiciellen Entscheidung: die grösste factische Garantie ist immer noch weit verschieden von der judiciellen Feststellung: denn diese facit jus, diese ändert das materielle Recht, wenn es etwa mit der Entscheidung im Widerspruche stünde: sie erzeugt einen Anspruch, wenn etwa keiner vorhanden wäre. Daher ist die Sicherheit des Judicatsanspruchs eine juristische, sie ist durch die juristische Kraft des Judicates gegeben; sie ist nicht abhängig von der grösseren oder geringeren Wahrscheinlichkeit, ob das Urtheil richtig ist oder nicht; das eclatant unrichtige rechtskräftige Urtheil erzeugt so sicher einen Judicatsanspruch wie das Urtheil, welches von der Justitia selbst gefällt worden wäre. Bei dem Urtheile ist daher der etwaige Widerspruch zwischen dem Scheinrecht und dem wirklichen Rechte ausgeglichen; bei der exekutorischen Urkunde nicht; und da über diese Differenz die Möglichkeit der staatlichen Entscheidung gegeben sein muss, so muss eine Klage zu Gebote stehen, um gegen die Geltendmachung einer vollstreckbaren Urkunde aufzukommen, falls etwa trotz aller faktischen Garantie der in der Urkunde prädicirte Anspruch nicht begründet wäre. Selten zwar werden die Fälle sein, aber die Möglichkeit liegt vor, und diese Möglichkeit muss berücksichtigt werden. Dies ist auch in Frankreich anerkannt: die Vollstreckungsgegenklage, wie gegen Urtheile, so gegen andere vollstreckbare Titel ist auch im französischen Processrecht

vertreten, obgleich die Bestimmungen des Code de proc. spärlich sind; allein, dieser Dürftigkeit gesetzlicher Bestimmungen unerachtet, hat die französische Jurisprudenz sich den Weg gebahnt [1]); für massgebend erkannte man insbesondere die a. 472 und 553 C. de proc., und bezüglich der exekutorischen Urkunden nahm man an, dass die Gegenklage bei dem Gerichte am Wohnsitze des Schuldners geltend zu machen sei [2]), und dies ganz entsprechend: wäre der Gläubiger im ordentlichen Verfahren vorgegangen, so hätte er hier die Klage erheben müssen; hier sind daher auch die sachlichen Streitigkeiten zu erledigen, welche sich a posteriori erheben, nachdem bereits mit der Vollstreckung begonnen worden ist; und dieses hat die deutsche P.-O. mit Recht übernommen.

Hat noch keine Vollstreckungshandlung stattgefunden, so ist die Vollstreckungsgegenklage nicht begründet; sie ist es nicht, weil kein Angriff vorliegt, welcher zurückzuweisen wäre. Wohl aber kann eine Feststellungsklage stattfinden, sofern der in der Urkunde bezeichnete Schuldner ein genügendes, und zwar ein von dem Vertragsgegner wachgerufenes Interesse hat an der Feststellung der Nichtigkeit; sobald sich also der Gegner in einer Weise benommen hat, welche den Rechtsstand des betreffenden gefährdet, sobald er sich so benommen hat, dass zu befürchten steht, er werde von dieser Urkunde Gebrauch machen [3]). Für die Feststellungsklage ist

---

[1]) Man vgl. auch *Toullier*, Droit civil français IV nr. 683, *Schlink*, Commentar über die französische Civilprocessordnung IV S. 25.

[2]) Vgl. *Zink* a. a. O. S. 654. Bezüglich der bayerischen C.-P.-O. vgl. § 868. 869. 840. Bezüglich des italienischen Rechts vgl. a. 570 C. di proc. Die Entscheidung hat hiernach zu erfolgen: dal tribunale civile o dal pretore nella cui giurisdizione si fa l'esecuzione — —. Handelt es sich dabei um die Frage sull' esistenza, sull' entità o sull' interpretazione di un' obbligazione di competenza dei tribunali di commercio, so erfolgt die Entscheidung bei dem tribunale di commercio – denn es handelt sich ja hier um eine materielle Entscheidung bezüglich einer Obligation, für welche die Zuständigkeit der Handelsgerichte gilt.

[3]) Vergl. darüber meine Abhandlung, Krit. Vierteljahresschr. N. F. III. S. 381 f.

sicher dasselbe Gericht zuständig, wie für die Vollstreckungsgegenklage, denn sie ist ja nur eine Anticipation derselben: sie ist ein processuales Gebilde zur Wahrung derjenigen Interessen, bei derenVerletzung die Anspruchsklage gegeben ist [1]). Doch kann eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages auch bei einem anderen competenten Gerichte erhoben werden: der Gerichtsstand des § 705 ist für die Feststellungsklage nicht ausschliesslich; er ist nicht ausschliesslich, trotz des § 707 der C.-P.-O., und zwar desshalb: die Feststellungsklage kann als Anticipation der Vollstreckungsgegenklage, mithin als positive Feststellungsklage, gedacht werden, sofern sie zur Geltung bringen soll, dass, wegen Nichtigkeit des in der Urkunde enthaltenen Vertrages, die executorische Urkunde nicht als executorische Urkunde verwendet werden darf; die Feststellungsklage kann aber auch als negative Feststellungsklage gedacht werden gegenüber dem aus dem Vertrage herzuleitenden Anspruch: sie kann also auch gedacht werden als Klage auf Feststellung dessen, dass aus dem in der Urkunde enthaltenen Vertrage kein Civilanspruch hervorgeht. In solchem Falle ist die Feststellungsklage nicht die Anticipation der Vollstreckungsgegenklage, sondern die Anticipation der Einwendungen, welche der Schuldner gegen eine Klage aus dem urkundlichen Vertrage geltend machen würde, falls der andere Theil eine solche Klage erhöbe [2]). In beiden Fällen wäre die Idee, von welchen das Feststellungsbegehren getragen ist, eine verschiedene. Das Resultat wäre allerdings schliesslich das gleiche; denn wenn auch nur auf diesem letzteren Wege die Nichtigkeit des Vertrages festgesetzt ist, so ist damit festgesetzt, dass der executorischen Urkunde kein materieller Anspruch zu Grunde liegt, dass sie also der Voraussetzung ermangelt; und dies genügt, um ihre Kraft abzustumpfen: denn

---

[1]) Vgl. meine cit. Abhandlung in der Krit. V.-schrift N. F. III S. 379 f.

[2]) Ueber die Möglichkeit einer solchen Klage siehe unten S. 17 f..

eine causalose Vollstreckungsurkunde darf nie zur definitiven Geltung gelangen [1]).

Ist der urkundliche Anspruch durch Cession oder auf anderem Wege auf einen Dritten übergegangen, so ist die Feststellungsklage gegen diesen zu erheben [2]). Ein Feststellungsurtheil gegen den Rechtsvorgänger ist für den Nachfolger bindend, denn in locum victi successisse videtur, fr. 28, fr. 29 § 1 de exc. rei jud. cf. fr. 11 § 10 eod.

III.

Seither war von der Vollstreckungsgegenklage und der ihr entsprechenden Feststellungsklage die Rede. Welches ist aber der Anspruch, der in der Vollstreckungsgegenklage zur Geltung kommt? Denn die Hauptklage unterscheidet sich ja von der Feststellungsklage dadurch, dass sie einen präsenten Anspruch zur Geltung bringen will, während es sich bei der Feststellungsklage um einen bloss künftigen (also momentan noch nicht bestehenden) Anspruch oder um ein Rechtsverhältniss handelt, aus welchem künftig Ansprüche entstehen können [3]). Die Vollstreckungsgegenklage nun macht geltend, dass das Vermögen des Exequendus in einer dem materiellen Recht widersprechenden Weise angegriffen worden ist, dass der Angriff erfolgte, obgleich ein Anspruch, welcher diesen Angriff rechtfertigt, nicht vorhanden ist. Und es ist der Vollstreckungsgegenklage nicht um den Angriff gegen ein einzelnes Vermögensstück [4]), es ist ihr um den Angriff gegen ein jedes Vermögensstück zu thun: sie will zur Geltung bringen, dass ein executiver Angriff gegen jedes Vermögensgut unstatthaft ist.

---

1) Vgl. darüber sofort.

3) Das altfranzösische Recht bestimmte, dass, wenn der porteur de lettre die Urkunde geltend macht, Opposition und Appellation gegen den porteur zu richten sei; *Jean de Mares* 55 (*Brodeau* Cout. de Paris II p. 565).

2) Vgl. meine Abhandlung in *Grünhut's* Zeitschr. XIV S. 36 f.

4) So in der Regel. Ueber Ausnahmen vgl. meine Abhandlung in *Gruchot's* Beiträgen XXXI S. 311 f.

Ja, sofern sich der executive Angriff gegen die Person richtet, wie bei den obligationes faciendi, macht sie geltend, dass die Person nicht angetastet werden darf; und hätten wir die Schuldhaft, so würde dies um so eclatanter hervortreten. Daraus ergibt es sich: der Anspruch, welcher mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht wird, ist ein Anspruch zur Wahrung der individuellen Integrität gegen den executiven Angriff. Die Vollstreckungsgegenklage ist von dem Gedanken getragen: die Person darf in ihrer Individualität nur dann definitiv und dauernd angetastet werden, wenn hinter dem Vollstreckungstitel ein civilistisches Recht steht. Der Anspruch, der in der Vollstreckungsgegenklage zu Tage tritt, ist daher ein Anspruch aus dem Individualrecht, und auch dieser Fall zeigt die Wichtigkeit dieser rechtlichen Kategorie[1]).

Es ist übrigens noch eine zweite Construction möglich. Wer exequirt ohne civilistischen Anspruch, der exequirt ja ohne die materiell-rechtliche Voraussetzung, welche jeder Execution zu Grunde liegen muss: er exequirt sine causa und ist daher gehalten, von dem Executionspfandrechte, welches er auf solchem Wege erlangt hat, zurückzutreten — er ist ebenso gehalten, dies zu thun, wie der im Hypothekenbuch eingetragene Grundschuldgläubiger, wenn die zu Grunde liegende Forderung erloschen ist[2]).

Zwei Betrachtungsweisen sind daher möglich: die eine geht von dem Rechte des Exequendus aus, die andere geht davon aus, dass dem Rechte des exequirenden Gläubigers eine

---

[1]) Schon aus diesem Grunde ist es verfehlt, wenn *Windscheid*, Pandekten I S. 105 annimmt, dass die Individualrechte keiner Darstellung im Systeme des Privatrechts bedürften. Bedürfen sie dessen nicht, um die aus ihnen hervorgehenden Ansprüche rechtlich zu fundiren? Gehen aus der Verletzung der Individualrechte nur Obligationen hervor, nicht auch directe Ansprüche? Und sofern daraus Obligationen hervorgehen: ist es nicht ein systematisches Bedürfniss, dieselben zusammenzufassen und mit dem Rechte, aus dessen Verletzung sie hervorgehen, in Verbindung zu setzen? Und ist es endlich richtig, dass die Begränzung dieser Individualrechte so unzweifelhaft ist?

[2]) Vgl. auch *Dernburg*, Preuss. Privatrecht § 336.

beschränkende Voraussetzung innewohnt. Es sind dieselben zwei Betrachtungsweisen, wie sie bei dem civilistischen Pfandrechte zu Tage treten, wo der Eigenthümer im Falle des erloschenen Pfandrechts mit der Klage aus dem Eigenthum oder mit der actio pigneraticia directa vorgehen und die Streichung des Hypothekeneintrages oder die sonstige factische Restitution begehren kann. Der Mangel des Gläubigerrechts macht sich eben auf beiden Seiten fühlbar, und von beiden Seiten aus kann daher gegen den Gläubiger operirt werden. Die Voraussetzung, welche den executiven Titel beschränkt, beschränkt ihn eben mit Rücksicht auf die Individualrechte des Schuldners — ganz ebenso wie die Restitutionspflicht bezüglich des erloschenen Pfandrechts eine obligatorische Restitutionspflicht ist, welche mit Rücksicht auf die Zwecke und Ziele der Eigenthumsordnung festgesetzt ist; auf solche Weise führen beide Constructionen zu demselben Resultate. Welche Betrachtungsweise man übrigens zu Grunde legen mag, in jedem Falle ist die Klage eine Vollstreckungsgegenklage, und die Competenzbestimmung der Civilprocessordnung ist für sie massgebend — ganz ähnlich wie der dingliche Gerichtsstand des § 25 der C.-P.-O. massgebend ist, mag man die Pfandstrichsklage als negatoria oder als actio pigneratica directa auffassen [1]).

Der Anspruch der Vollstreckungsgegenklage geht dahin, dass die Vollstreckungsmassnahmen aufgehoben und der status quo ante wiederhergestellt werde. Derselbe ist Ausfluss der Causalosigkeit des Vollstreckungstitels, bezw. Ausfluss des Individualrechts, welches im Falle dieser Causalosigkeit hervorbricht. Der Springpunkt der Entscheidung liegt mithin darin, ob der Vollstreckungstitel causalos ist oder nicht; auf Grund dessen wird per consequentiam weiter entschieden, wie es bezüglich der Vollstreckungsmassnahmen zu halten ist. Hieraus ergibt sich auch die Tragweite der res judicata: die

[1]) Vgl. Reichsgericht 15./12. 1885 Entsch XV S. 386.

res judicata bezieht sich auf die Frage, ob eine causa, und zwar ob eine civilistische Verbindlichkeit als causa existirt, sie erledigt daher die Frage über das Bestehen einer civilistischen Verbindlichkeit, sie erledigt nicht etwa bloss die Frage, ob die betreffende Vollstreckungsmassnahme fortbestehen darf oder nicht: das letztere ist nur eine Consequenz der Entscheidung bezüglich der causa. Die einzelne Vollstreckungsmassnahme ist nur die Veranlassung, auf dass der durch causalose Vollstreckung gekränkte Individualismus hervorbricht, auf dass folglich die Causalosigkeit, auf dass das Nichtbestehen der prätendirten civilistischen Verbindlichkeit zur Entscheidung gebracht wird; es verhält sich ebenso, wie wenn auf Grund einer speciellen Störung die negatorische Klage auf Ablassung derselben, — oder wenn auf Grund einer Besitzergreifung die rei vindicatio auf Ablassung von dem rechtswidrigen Besitze erhoben wird[1]): das Eigenthum ist der Punkt in Frage. Wenn daher auch das Urtheil lediglich dahin lautet, dass die Vollstreckungsmassnahmen aufgehoben werden, so involvirt nichtsdestoweniger das Urtheil zugleich eine Entscheidung der vollen Frage über die causa des Vollstreckungstitels, und damit eine Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der civilistischen Verbindlichkeit.

Daraus ergibt sich von selbst, dass die Entscheidung auch für die Zukunft wirkt. Wie die Entscheidung in dem negatorischen Processe bezüglich sämmtlicher künftiger Störungen massgebend ist, so ist die Entscheidung auf die Vollstreckungsgegenklage massgebend, auch wenn etwa künftig neue Vollstreckungsmassnahmen ergriffen, neue Eingriffe auf Grund des exekutorischen Titels versucht werden sollten.

Daraus geht ferner hervor, dass wenn etwa zu gleicher Zeit der Kläger auf Feststellung der Schuld geklagt hätte[2]),

---

[1]) Vgl. darüber auch mein Recht des Markenschutzes S. 375 f.

[2]) Die Zulässigkeit einer solchen Klage aus einem executiven Vertrage ist nicht zu bestreiten; vgl. auch *Wilmowski-Levy* S. 888. Der Kläger kann

der Processstoff der gleiche wäre, wie bei der Vollstreckungsgegenklage: in beiden Fällen würde es sich um Feststellung des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins der civilistischen Verbindlichkeit handeln. Daher bietet der eine Process für den andern res judicata, daher auch der eine für den anderen Litispendenz: es liegt daher Litispendenz vor, wenn auf der einen Seite die Schuldklage obschwebt und auf der anderen Seite gegen eine, auf Grund executiven Titels erfolgte Vollstreckung die Vollstreckungsgegenklage erhoben wird [1]). In solchem Falle können die provisorischen Massregeln des § 688 der C.-P.-O. von dem Gerichte erlassen werden, bei welchem die Schuldklage verhandelt wird, vergl. analog auch §§ 647. 657 der C.-P.-O.

IV.

Eine vollstreckbare Urkunde kennt die C.-P.-O. ohne Unterwerfungserklärung, nämlich die Urkunde aus einem gerichtlichen Vergleiche § 702 Z. 1 und 2. Unterliegt auch diese den Bestimmungen des § 705 der Civil-Process-Ordnung? Man verneint dies — ohne stichhaltige Gründe [2]). Auch der Vergleich ist ein Parteivertrag, er ist es, auch wenn er ein gerichtlicher Vergleich ist, auch wenn er nach begonnenem Rechtsstreite, auch wenn er im Versöhnungsverfahren abgeschlossen wird. Allerdings sprechen für die Vollstreckbarbarkeit dieses Vertrages besondere Gründe. Sollte, nachdem ein Process glücklich beseitigt ist, nochmals ein Process nöthig sein, um dieses Beseitigungsmittel zur Geltung zu bringen?

---

seinen guten Grund haben, mit Klage vorzugehen, insbesondere in den Ländern, in welchen das Judicat eine generelle Hypothek erzeugt. Auch in Frankreich ist die Zulässigkeit der Klage anerkannt; vgl. *Carré* und *Chauveau* nr. 1898. Es ist auch in keiner Weise unstatthaft, zu gleicher Zeit Klage zu erheben und den vollstreckbaren Titel geltend zu machen.

[1]) Vgl. Appelhof Bologna 14./9. 1875 bei *Magni*, Codice de proc. II p. 297.

[2]) *A. A. Seuffert*, Kommentar S. 780 und die daselbst citirten.

Die Vollstreckbarkeit einer solchen Urkunde ist daher besonders dringend; sie ist besonders dringend — die legislative Berechtigung aber beruht hier auf dem gleichen Verhältniss, wie bei den übrigen executivenVertragsurkunden: sie liegt auch hier darin, dass eine solche Urkunde die nöthigen Garantieen für das Bestehen des Anspruchs bietet; in der That bietet sie dieselben Garantieen, wie eine andere Executivurkunde — weder mehr noch weniger. Es ist daher sehr zu loben, dass die Gesetzgebung hier ohne weiteres die Vollstreckbarkeit statuirt, sie hätte nur bei den übrigen öffentlichen Vertragsurkunden ein gleiches statuiren sollen, und jedenfalls ist es nicht begründet, wenn man zwischen beiden Arten von Urkunden eine unübersteigliche Scheidewand ziehen will. Insbesondere kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auch gegen solche Urkunden der Einwand der Nichtigkeit des Vertrages auf dem Wege der Vollstreckungsgegenklage erhoben werden kann [1]) und dass für diese Vollstreckungsgegenklage der nämliche Gerichtsstand gilt, wie für die übrigen executorischen Urkunden — denn dieser Gerichtsstand entspricht völlig der Sachlage: bei diesem Gerichtsstande müsste auch der Gläubiger klagen, wenn er den Vergleich im Processwege geltend machen wollte.

Eine solche Vollstreckungsgegenklage ist begründet, wenn der Quasischuldner die Nichtigkeit des Vergleichs ex capite doli oder erroris behauptet; ein Grund, sie ihm zu versagen, liegt nicht vor. Allerdings hat derselbe noch ein anderes Mittel: er kann den Process fortsetzen — unter Geltendmachung der Nichtigkeit des Vergleichs — denn nicht der formelle Vergleichsabschluss, sondern der materiell wirksame Vergleich bringt den Process zur Lösung. In diesem Falle hat das Processgericht die Gültigkeit des Vergleichs zu prüfen und die etwaige Nichtigkeit desselben, sei es durch Zwischenurtheil, sei

---

[1]) *A. A. Seuffert*, Kommentar S. 778.

es schliesslich im Endurtheil zu statuiren; eine Sistirung der Zwangsvollstreckung wäre wohl nach Analogie des § 688 des C.-P.-O. auch hier als statthaft zu erachten.

Ist auf dem Wege der Vollstreckungsgegenklage über die Nichtigkeit des Vergleichs entschieden, so ist diese Entscheidung auch für das Processgericht bindend — sie wäre es ja auch, wenn die eine Partei aus dem Vergleiche geklagt hätte und mit der Klage wegen Nichtigkeit des Vergleiches abgewiesen worden wäre. Und das Verfahren mit Vollstreckungsgegenklage bietet den Vortheil, dass man den nichtigen Vergleich von sich abstreifen kann, ohne dass man zugleich den Process fortsetzt; möglicher Weise ist es der Partei gar nicht um die Fortsetzung des Processes zu thun, sie will aber auch nicht durch den nichtigen Vergleich belästigt werden: hier ist die Vollstreckungsgegenklage — und entsprechenden Falls die Feststellungsklage das richtige Mittel.

Nach vielen Rechten sind auch die Schiedssprüche (d. h. die Schiedsspruchsurkunden) executorische Titel, wobei dann die Executivclausel von den Gerichten ertheilt zu werden pflegt; vgl. C. de procéd. a. 1020. 1021, italienischer C. di proc. a. 24, österreich. Resolution v. 31./10. 1785 [1]); so auch ehemalige bayerische C.-P.-O. § 1337 f.; auch nach englischem Recht ist der Schiedsspruch executorisch, sobald der Schiedsvertrag zur rule of Court gemacht worden ist [2]). Anders die deutsche C.-P.-O.; nach ihr ist nicht der Schiedsspruch executorisch, sondern das auf Grund des Schiedsspruchs erlassene richterliche Urtheil; die P.-O. nennt es Vollstreckungsurtheil, obgleich es nichts anderes ist, als das Urtheil auf Grund der actio ex laudo, d. h. das Urtheil auf Grund des aus dem Schiedsspruche hervorgehenden Erfüllungsanspruchs, § 868. 871. Auch hier ist die C.-P.-O. verbesserungsbedürftig: die Zahl der gültigen

---

[1]) Vgl. *Canstein*, Lehrbuch des österreich. Civ.-Proc. II S. 776.
[2]) Vgl. *Slater*, Law of arbitration p. 133 f. 126 f.

Schiedssprüche ist so sehr die Ueberzahl und die Constatirung des Schiedsspruchs durch Hinterlegung bei Gericht ist eine so stringente, dass eine Vollstreckbarkeit der Schiedsspruchsurkunde völlig den Umständen entspricht. Die Folge wäre, dass der Kläger nicht erst auf Constatirung des aus dem Schiedsspruch hervorgehenden Anspruchs zu klagen brauchte, sondern sofort vollstrecken könnte, sofern und soweit nicht von beklagter Seite die Aufhebung des Schiedsspruchs erwirkt ist.

V.

Damit die Ausfertigung der Urkunde sich als Titel der Vollstreckung kundgibt und damit nicht mit einer Mehrheit von Ausfertigungen Missbrauch getrieben wird, besteht im französischen wie im deutschen Rechte die Bestimmung, dass die Ausfertigung sich als Ausfertigung zum Zweck der Vollstreckung bezeichnen soll: in Deutschland die Executivclausel — in Frankreich die vollstreckbare *grosse*[1]). Dazu gilt ferner die Bestimmung, dass regelmässig nur eine vollstreckbare Ausfertigung ertheilt werden darf und dass die Ertheilung einer solchen

---

1) Ueber die Executivclausel in Deutschland vgl. § 663 der Civ.-Pr.-O. In Frankreich war die Clausel auf den Namen des Staatsoberhaupts gestellt und hatte die Form: Mandons et ordonnons à tous huissiers, sur ce requis, de mettre ces présentes à exécution, à nos procureurs généraux et à nos procureurs près les tribunaux de première instance d' y tenir la main et à tous commandants et officiers de la force publique d' y prêter main-forte, lorsqu'ils en seront légalement requis. Vergl. *Goux*, Manuel du notaire p. 32, *Bioche* v. Exécut. nr. 59. Durch Decret v. 2. September 1871 wurde die Clausel dahin formulirt: République française. Au nom du peuple français (sodann die Urkunde und am Schluss): En conséquence, le Président de la République française mande et ordonne à tous huissiers de mettre ledit arrêt (jugement etc. hier acte) à exécution, aux procureurs généraux de la République près les tribunaux de première instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis. In der Pfalz lautete die Formel: „Im Namen seiner Majestät des Königs von Bayern soll Gegenwärtiges von allen denen, die es angeht, alsbald vollzogen werden". Die italienische Formel ist der französischen analog, a. 556 C. di proc.

auf der Urschrift bemerkt werden muss[1]). Sind kraft des Vertrages mehrere Gläubiger berechtigt, so kommt es darauf an, ob die Berechtigung eine correale oder eine getheilte ist. Im ersteren Falle darf sicher gleichfalls nur eine executorische Ausfertigung gegeben werden, weil eine executorische Urkunde die ganze Schuldigkeit deckt. Im andern Fall kann ein jeder Gläubiger für seinen Theil eine Ausfertigung erhalten, da hier sämmtliche Ausfertigungen zusammen nur die Ausfertigung der einen Gesammturkunde darstellen. Sind beide Parteien einander in vollstreckbarer Weise urkundlich verpflichtet, so kann gleichfalls eine jede eine vollstreckbare Ausfertigung erhalten, da selbstverständlich die Ausfertigung eines jeden nur für soweit gilt, als er berechtigt ist, und mithin die mehreren Ausfertigungen sich ergänzen als Gesammtausfertigung des einen Orginales[2]).

Die Ausfertigung ertheilt nach deutschem Rechte der Notar, welcher das Original der Urkunde in Verwahr hat — und ist es im Verwahr einer Behörde, so ertheilt sie diese Behörde; ebenso nach französischem Rechte derjenige Notar, welcher die minute verwahrt, Ges. v. Vent. XI a. 21[3]).

Die Ausfertigung wird gegeben ohne weitere causae cognitio bezüglich des in der Urkunde enthaltenen Rechts, d. h. der Notar hat lediglich zu prüfen, ob das Original formell die

---

[1]) Französisches Notariatsgesetz a. 26, und so schon Ordonn. 1539 a. 178. 179 (a. 178: Et que depuis qu'ils auront une fois délivré à chacune des parties la grosse des testaments et contracts, il ne la pourront bailler, sinon qu'il soit ordonné par justice, parties ouyes). Deutsche C.-P.-O. § 669. 670. Wird ausnahmsweise eine zweite Ausfertigung gegeben, so ist auch hiervon auf dem Original Notiz zu nehmen; im französischen Recht ist dies bestritten; vgl. *Bolza* S. 451. Bezüglich der hannoveranischen C.-P.-O. vgl. § 530. Bezüglich des italienischen Rechts vgl. a. 557.C. di proc. Uebrigens hätte die unbefugte Ertheilung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung keine Nichtigkeit der darauf gebauten Vollstreckungsakte zur Folge; vergl. auch Appelhof Florenz 31./1. 1871 bei *Magni*, Cod. di proced. II p. 273.

[2]) Vgl. über diese Fragen *Bolza* S. 447.

[3]) Vgl. *Bolza* S. 382 f. 442 f.

Eigenschaft einer vollstreckbaren Urkunde hat; eine cognitio bezüglich des Bestehens des materiellen Rechts und bezüglich des Fortbestehens desselben ist dem Notar nicht gegeben. Man hat beispielsweise im französischen Rechte gefragt, ob der Notar nicht die *grosse* verweigern dürfe, wenn er die Forderung als verjährt erkennt. Dies ist offensichtlich zu verneinen [1]). Es fehlen ihm die Mittel zur Constatirung, ob nicht eine Unterbrechung stattgefunden hat, und ausserdem ist die Verjährung nur auf Antrag zu berücksichtigen.

VI.

In zwei Fällen hat die Executivclausel eine functionelle Bedeutung, d. h. in zwei Fällen hat sie nicht nur das in der executorischen Urkunde Enthaltene zum Ausdrucke zu bringen, sondern der executorischen Urkunde einen neuen weiteren Gehalt zu bieten. Der eine Fall ist der, wenn activ oder passiv eine Rechtsnachfolge, d. h. eine Rechtsnachfolge in der Gläubigerschaft oder Schuldnerschaft eingetreten ist. Während das französische Recht nur die Signification der Cession zum Zwecke der vollen Cessionswirkung verlangt, ohne dass die Cession in die Executionsclausel aufgenommen wird [2]), soll nach deutschem Gesetze die Rechtsnachfolge in der Executionsclausel zum Ausdrucke kommen: erst hierdurch soll die Urkunde für und gegen den Rechtsnachfolger executorisch werden [3]); die Aufnahme in die Executivclausel hat daher die Wirkung, dass sie der executorischen Function der Urkunde eine neue Richtung gibt; und sie hat die fernere Bedeutung, dass sie den mate-

---

1) Vgl. *Bolza*, S. 446.

2) *Carré* und *Chauveau*, Proc. civ. IV nr. 1898 bis.

3) Analog ist der Fall, wenn ein executiver Vertrag durch einen Stellvertreter abgeschlossen worden ist, in welchem Falle zum Zweck der Vollstreckungsungsclausel die Vollmacht nachgewiesen werden muss. Vergl. meine Abhandlung über Process. Verträge in *Gruchot* XXXI S. 506. Das österreichische Notariatsgesetz § 3 verlangt, dass die Vollmacht in öffentlicher Urkunde errichtet oder doch gerichtlich oder notariell beglaubigt werde.

riellen Uebergang von Schuld- und Gläubigerschaft constatirt. Daher muss hier die Executivklausel auch dem Gegentheil zugestellt werden[1]); denn sie ist keine blosse Ausführung der Urkunde, sie involvirt ein Plus, eine neue Function: eine neue Function nach der formellen, wie nach der materiellen Seite hin.

Erfolgt eine Theilcession oder eine Cession an mehrere Personen zu bestimmten Theilen, so ist die Vollstreckungsclausel auf die betreffende Summe zu beschränken, und es bilden dann die mehreren vollstreckbaren Ausfertigungen auf die verschiedenen Forderungstheile zusammen die eine Gesammtausfertigung, welche in normalen Fällen ertheilt werden darf, — ganz ebenso, wie wenn die Forderung von Anfang getheilt gewesen wäre; das gleiche ist der Fall, wenn die Clausel auf die mehreren Erben gestellt wird[2]).

Der zweite wichtige Fall ist der, wenn die Vollstreckung der Urkunde von dem Eintritt einer bestimmten Thatsache abhängig ist, wenn also die Vollstreckung nur bedingt, nur für den Fall, dass noch eine weitere Thatsache eintritt, geschehen soll. Nur bedingt ist aber die Vollstreckung gestattet in zwei Fällen. Einmal, wenn, der Urkunde gemäss, der Anspruch nur im Falle der Bedingung eintritt[3]): denn da die Vollstreckung eine Anspruchsvollstreckung ist, so kann sie nur stattfinden als Vollstreckung fertiger existenter Ansprüche: ein Anspruch, welcher erst künftig entsteht, ist aber kein existenter Anspruch, und bei einer bedingten Obligation entsteht

---

[1]) Vgl. C.-P.-O. § 671 cf. 703. Das französische Recht verlangt im Falle der Erbfolge auf der Schuldnerseite lediglich, dass den Erben des Schuldners der Titel 8 Tage vor der Execution significirt werde, a. 877 C. civ. und vgl. dazu *Dalloz*, Rép. v Jugement nr. 508. Das italienische Recht ist analog (5 giorni), a. 560 C. di proc.

[2]) Vgl. auch bezüglich des italienischen Rechts Appelhof Lucca 29./12. 1869 bei *Magni*, Codice di proc. II p. 273: i titoli esecutivi — — continuano ad esser tali contro ciascuno dei coeredi per la virile, come se essi vi fossero personalmente nominati.

[3]) Die Bedingung kann auch eine conditio in praesens und in praeteritum collata sein.

der Anspruch erst mit Eintritt der Bedingung [1]). Das Hauptbeispiel ist das Beispiel der Kündigungsurkunden. Wenn manche frühere Gesetzgebungen solche bedingte Urkunden von der Vollstreckbarkeit ausnahmen [2]), so widerspricht dies den Bedürfnissen des Lebens.

Die zweite der bedingenden Thatsache aber liegt vor, wenn die Urkunde eine gegenseitige Obligation involvirt, eine zweiseitige Obligation mit Leistung Zug um Zug. Aus unstichhaltigen Gründen hat man angenommen, dass derartige Verträge der Executivurkunde nicht zugänglich seien. Sind denn unsere vollstreckbaren Urkunden solche Anomalieen, dass sie noch mehr zu restringiren sind, als sich dies bereits aus dem Gesetze ergibt? Entsprechen sie nicht den dringendsten Bedürfnissen eines gesteigerten Verkehrs? Ob allerdings in solchen Fällen eine Urkunde einseitig oder zweiseitig executorisch ist, hängt von ihrem Inhalte ab: es ist davon abhängig, ob beide Leistungen solche sind, die sich zur Executorialität eignen; es ist in Deutschland auch noch davon abhängig, ob beide Theile, und nicht blos der Eine, sich der Vollstreckung unterworfen haben. Allein dies ist eine ganz andere Frage. Unsere Frage ist, ob überhaupt eine solche Urkunde executorisch sein kann, und dies ist unbedingt zu bejahen. In Frankreich ist denn auch darüber gar kein Zweifel [3]) — und die französische Praxis wird uns hierüber die beste Belehrung geben: denn aus Frankreich ist die executorische Urkunde herübergekommen [4]).

---

[1]) Vgl. meine Abhandlung in *Grünhut*'s Zeitschr. XIV S. 11.

[2]) Vgl. hierüber die Nachweise in den Motiven zu dem § 703 d. C.-P.-O. Richtig dagegen das österreichische Notariatsgesetz § 3: „Ist die Verbindlichkeit von dem Eintritte einer Bedingung oder eines nicht kalendermässig feststehenden Zeitpunktes abhängig, so ist zur Vollstreckbarkeit erforderlich, dass auch der Eintritt der Bedingung oder des Zeitpunktes durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen werde". Vgl. auch württembergische C.-P.-O. a. 904.

[3]) Vgl. beispielsweise *Bolza* S. 447 f.

[4]) Unrichtig *Seuffert* S. 777; richtig *Wilmowsky-Levy* S. 888. Bezüglich des Urkundenprocesses vgl. noch *Schmidt*, Z. f. Civ.-Pr. II S. 10 f. und hannoveranische C.-P.-O. § 478.

Eine solche Vertragsurkunde ist daher vollstreckbar, und es verhält sich hier, wie bei einem Urtheil, welches auf eine Leistung Zug um Zug gerichtet ist. Hier besteht nun allerdings eine bedeutsame Controverse [1]). Kann in dem Falle, wenn A verpflichtet ist, 1000 zu zahlen gegen Ueberlieferung eines Pferdes, A sofort die Executivclausel begehren, oder erst, wenn er das Pferd leistet oder anbietet — und wie hat sich die Vollstreckung hierbei zu gestalten? Man hat hier, wie sonst, mit den Vorarbeiten des Gesetzes operirt; darauf lassen wir uns nicht ein, da die Vorarbeiten keine autoritative Bedeutung haben und das Gesetz aus sich, d. h aus seinem objectiven Zweckbestreben, nicht aus der Ansicht der Verfasser des Gesetzes zu interpretiren ist [2]). Es kann nun m. E. kein Zweifel bestehen, dass zu den Thatsachen deren Vorhandensein erforderlich ist, auf dass A für seine 1000 exequiren kann, auch die gehört, dass er das Pferd zur Verfügung stellt oder mindestens zur Verfügung gestellt hat. Jede Execution ist eine einseitige: es

---

[1]) Literatur bei *Seuffert*, Kommentar ad § 664 S. 746.

[2]) Wenn man eingeworfen hat, dass wir uns damit über den Gesetzgeber stellen, so ist dies völlig unrichtig. Wir unterwerfen uns gerade im vollsten Masse der That des Gesetzgebers, nämlich dem Gesetze; wir erklären es aber für eine Aufgabe des Juristen, nicht des Gesetzgebers, das Gesetz zu interpretiren: dieses Gesetz ist durch den Gesetzgeber als den Träger der Rechtsentwicklung geschaffen, es ist ein Product der Kulturwelt, und der Gesetzge'er, welcher es schafft, ist von den Impulsen des Kulturlebens geleitet. Die Interpretation hat daher auf die Entwicklungselemente des Kulturlebens zurückzugehen, nicht auf die blosse subjective Ansicht derjenigen, welche an der Gesetzesarbeit mitgewirkt haben Die entgegengesetzte Meinung verkennt völlig den historischen Zusammenhang, in welchem der Gesetzgeber der Gegenwart mit den Kulturbestrebungen der Vergangenheit steht, und sie verkennt es, dass die Denkweise des Gesetzgebers in der Kulturathmosphäre ihre Nahrung findet, welche durch die Kulturbestrebungen der Vergangenheit geschaffen worden ist; sie löst die Person des Gesetzgebers aus dem Nexus des geschichtlichen Lebens heraus. Sie wäre nur dann richtig, wenn die gesetzgeberische That eine transcendente That wäre, welche von aussen her in unser irdisches Geschichtsleben hineinwirken würde, wie es in theokratische Staatsformen angenommen worden ist. In der That aber steht der Gesetzgeber im vollen Lebensstrom der historischen Entwicklung, er ist durchdrungen von den Lebensimpulsen des historischen Werdens. Vgl. meine Abhandl. in *Grünhut*'s Zeitschr. XIII S. 1 f.

gibt keine Execution auf Gegenleistung, es gibt nur eine Execution, welche stattfindet, sobald bezüglich der Gegenleistung das Richtige vorgekehrt wird oder vorgekehrt worden ist. Mithin ist die Thatsache, dass das Richtige vorgekehrt ist, eine für die Vollstreckung bedingende Thatsache, eine Thatsache, von welcher die Vollstreckung abhängt. Ich sage: die Thatsache, von welcher die Vollstreckung abhängt, ist die, dass das entsprechende vorgekehrt ist; ich sage nicht: die bedingende Thatsache ist die, dass der vollstreckende Gläubiger zuerst erfüllt hat; dies wäre grundirrig, und es ist daher verfehlt, wenn man uns einwirft, dass wir auf solche Weise den vollstreckenden Gläubiger zur Vorleistung zwingen. Vielmehr genügt es jedenfalls, wenn der vollstreckende Gläubiger die Gegenleistung parat stellt und das Objekt derselben deponirt, so dass der Exequendus mit dem Momente, in welchem aus seinem Vermögen Zahlung erfolgt, die Gegenleistung in Empfang nehmen kann. Aber der Gläubiger braucht nicht einmal zu deponiren; es genügt, dass die Gegenleistung dem Schuldner in solcher Weise parat gestanden hat, dass dieser in mora accipiendi gelangt ist: mit der mora accipiendi des Gegners löst sich der Anspruch aus der Verschränkung: er wird frei, er wird fähig des executiven Zugriffes: die Zugumzugverpflichtung wird zu einer einseitigen Verpflichtung [1]).

Allerdings hat man auch noch erwidert, dass der Gläubiger auch zu einem vorherigen Angebote nicht verbunden sei [2]). Allein dies ist nur richtig, wenn es richtig aufgefasst wird: zu einem puren Angebote ist er allerdings nicht gehalten; wenn er aber seinerseits Zahlung begehrt, so kann er sie nur verlangen unter gleichzeitigem Paratstellen der Gegenleistung:

---

1) Vgl. meine Abhandlung in *Iherıng's* Jahrb. XVII S. 386 und die dort Citirten.

2) *Seuffert*, Kommentar S. 746.

nur so kann er wirksam in Verzug setzen, klagen oder sonst gerichtliche Schritte ergreifen: offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, Fr. 13 § 8 de act. empt. vend.

Der vollstreckende Gläubiger hat daher den Nachweis zu liefern, und er hat ihn durch öffentliche Urkunde zu liefern, dass die Gegenleistung dem Exequendus paratstehe oder dass er den Exequendus unter Paratstellen der Gegenleistung in mora accipiendi versetzt hat: ein solcher Nachweis ist durch öffentlichen Depositionsschein, durch Protest und, wenn nöthig, durch Denunciationsurkunde zu liefern [1]), worauf die Vollstreckungsclausel nach Massgabe des § 664 und 666 zu ertheilen ist.

Dieses Ergebniss wird noch durch folgende Erwägung gestützt. Der Zweck der Gesetzesbestimmung in § 664 ist es, dass schwierige und subtile Prüfungen dem Vollstreckungsbeamten nicht überlassen werden sollen. Ist nun die Prüfung, ob der eine Anspruch durch Darbietung der Gegenleistung oder in anderer Weise frei geworden ist, nicht ebenso schwierig, ja schwieriger, als die Prüfung, ob eine vertragsmässige Bedingung eingetreten ist? Verlangt sie nicht ein noch tieferes Eingehen in die Art des zweiseitigen Rechtsgeschäfts und die daraus entspringenden Ansprüche? [2]) Wäre es daher entsprechend, hier den Gerichtsvollzieher walten zu lassen, während bei der Bedingung die Frage durch den Gerichtschreiber und Vorsitzenden, oder bezw. durch den Notar geklärt sein muss? Ich glaube, die Frage beantwortet sich von selbst.

Ein überzeugendes Argument liegt auch in § 779 C.-P.-O. Hier ist die Rede von der Verpflichtung, eine Willenserklärung

---

1) Vgl. meine cit. Abhandl. in *Ihering*'s Jahrb. XVII. S. 400 f.

2) Man vgl. beispielsweise den Fall in meinen civilprocess. Rechtsaufgaben nr 12. Soll es hier dem Gerichtsvollzieher überlassen werden, vorbehaltlich der Anrufung des Amtsgerichts, über eine so wichtige Sache definitiv zu entscheiden? Man vgl. den „Fingerzeig für den Gerichtsvollzieher" bei *Wilmowski-Levy* S. 840: eine etwas heikle Anweisung für einen solchen Unterbeamten!

abzugeben, und diese Verpflichtung soll von selbst dadurch erfüllt werden, dass das Urtheil, welches die Verpflichtung ausspricht, die Rechtskraft erlangt, d. h. es sollen hierdurch sofort dieselben Rechtsfolgen eintreten, als wie wenn die Willenserklärung abgegeben wäre. Dies hat aber bei Willenserklärungen auf Gegenleistung, also bei Verpflichtungen, welche nicht pure auf Willenserklärung, sondern auf Willenserklärung gegen eine Gegenleistung Zug um Zug gerichtet sind, seine Schwierigkeit[1]): denn die Rechtskraft des Urtheils kann hier die Willenserklärung solange nicht suppliren, als der Anspruch auf dieselbe nicht purificirt, d. h. von der Gegenleistung gelöst ist. Diese Lösung nun soll nach der C.-P.-O. mit der Executivclausel eintreten; warum? weil die Executivclausel nur ertheilt werden kann, wenn die Gegenleistung paratgelegt und dadurch der Anspruch auf die Willenserklärung von dem Bande der Gegenleistung liberirt worden ist. Ist es aber hier so, so kann es in den übrigen Fällen nicht anders sein; die Vollstreckungsclausel im Falle des § 664 kann nicht von anderen Grundsätzen abhängig sein, als die Vollstreckungsclausel des § 779. Dies ist ein Beweis ex lege, so stringent wie er nur geführt werden kann. Die Gegner haben darum auch gegenüber dem § 779 einen schwierigen Standpunkt[2]). Sie müssen in § 779 eine Ausnahme von der Regel erblicken, während es doch viel einfacher ist, die Regel aus dem § 779 zu erläutern: ein Gesetz will zunächst aus dem Zusammenhang seiner einzelnen Theile erläutert sein.

Dieser Fall zeigt zudem, wie unstatthaft die Interpretation aus den Vorarbeiten ist. Die Bestimmung des § 779, sofern es sich um eine Willenserklärung gegen eine Gegenleistung

---

[1]) Die Schwierigkeit liegt allerdings auch vor, wenn die Gegenleistung **vor** der Willenserklärung, zu welcher der andere Theil verpflichtet ist, erfolgen soll. Der § 779 bezieht sich auch auf diesen Fall.

[2]) Man vgl. beispielsweise *Seuffert* S. 850, *Wilmowski-Levy* S. 986 und die hier citirten; unrichtig auch *Brettner*, Z. f. Civ.-Pr III S. 331 f.

handelt, ist in der Reichstagskommission beigefügt. Die Reichstagskommission, glaubt *Seuffert* S. 850, habe vielleicht übersehen, dass die §§ 664, 666 „auf Urtheile, welche zur Leistung Zug um Zug verurtheilen, nicht anwendbar sind." Aber richtiger ist es zu sagen, dass die Reichstagskommission hiermit einer anderen Auffassung der §§ 664, 666 zum Ausdrucke gebracht hat und dass diese Auffassung damit die gesetzliche Sanction erlangt hat [1]).

Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, dass auch executorische Urkunden, die auf eine Zug-um-Zug-Leistung gehen, auf diesem Wege zur Executivclausel gelangen. Die Executivclausel ertheilt natürlich auch hier der Notar, welcher die Urkunde verwahrt, oder die Aufbewahrungsbehörde; einer gerichtlichen Vorprüfung bedarf die Executivclausel auch in diesem Falle nicht.

VII.

Eine Anfechtung der Executivurkunde, welche sich nicht auf den ursprünglichen Gehalt der Urkunde, sondern auf die functionelle Executivclausel bezieht, kann einen doppelten Sinn haben; sie kann sich gegen die Executivclausel als eine formale Veranstaltung des Executionswesens richten und dabei zur Geltung bringen, dass die Voraussetzungen einer so gearteten Executionsveranstaltung nicht gegeben sind. Der Nachweis dessen kann dadurch geführt werden, dass die zu Grunde liegenden öffentlichen Urkunden angefochten oder durch andere

---

[1]) Ganz entsprechend ist auch das englische Recht. In den Rules of the Supreme Court, Order XLII r. 9 ist gesagt: Where a judgment or order is to the effect that any party is entitled to any relief subject to or upon the fulfilment of any condition or contingency, the party so entitled may, upon the fulfilment of the condition or contingency, and demand made upon the party against whom he is entitled to relief, apply to the Court or Judge for leave to issue execution against such party. Daraufhin kann der Richter, sobald der Nachweis als geführt erscheint, die Vollstreckung gestatten; er kann aber auch verlangen, dass über die Erfüllung der Bedingung weiter verhandelt wird.

Urkunden widerlegt werden. Die Entscheidung über die Anfechtung hat sich in solchem Falle nur darüber auszusprechen, ob die in der Executivclausel liegende formale Veranstaltung aufrecht zu erhalten ist oder nicht. Die Art dieser Anfechtung ergibt sich aus § 668, 705 Abs. 3 C.-P.-O.: zuständig ist bei Notariatsurkunden das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Notar bezw. die Aufbewahrungsbehörde ihren Sitz hat.

Die Anfechtung kann aber auch darauf abheben, dass die formale Veranstaltung mit dem materiellen Rechte im Widerspruch stehe, weil die betreffende Rechtsnachfolge nicht stattgefunden habe, mithin A oder B nicht Gläubiger oder Schuldner sei; oder weil eine betreffende Thatsache nicht eingetreten, mithin ein befreiter, gelöster Anspruch nicht vorhanden ist. In diesem Fall ist die Vollstreckungsgegenklage das Mittel der Anfechtung: dieselbe lässt es bei der formalen Frage nicht bewenden, sie führt die materielle Frage in die Debatte; und die Entscheidung, welche hierauf ergeht, hat nicht etwa bloss zu bestimmen, ob die Vollstreckungsclausel aufrecht zu erhalten ist, sondern sie hat die materielle Frage zu lösen, ob ein entsprechender civilistischer Anspruch besteht oder nicht besteht; sie erledigt diese Frage, und die Entscheidung macht darüber res judicata: sie ist eine civilistische Entscheidung, und nur per consequentiam trifft sie die Executivclausel als Executivveranstaltung mit; sie trifft sie mit, weil nunmehr ein Widerspruch zwischen dem materiellen und dem formellen Rechte dargethan ist und weil das formelle Recht dem materiellen weichen muss.

Fehlt es dem Kläger an dem nöthigen Nachweis, um die funktionelle Executivclausel zu impetriren, so kann er auf Ertheilung der Executivclausel klagen [1]). Die Natur dieser

---

[1]) Damit ist nicht gesagt, dass diese Klage oder ihr Erfolg davon abhängig ist, dass der Kläger nicht den einfacheren Weg hätte einschlagen und unter Vorlegung von Urkunden die Clausel hätte impetriren können: macht er von diesem einfacheren Wege keinen Gebrauch, so ist es seine Sache und

Klage ist streitig: Selbstverständlich ist es keine Klage gegen den Notar oder Gerichtsschreiber: es ist eine Klage gegen die Gegenpartei; die Klage kann daher den Sinn haben: es soll zwischen den Parteien festgestellt werden, dass diejenigen Thatsachen vorhanden sind, welche die Ertheilung der Executivclausel voraussetzt; sie kann aber auch den Sinn haben: es soll festgestellt werden, ob auf Grund des vollstreckbaren Titels, in Verbindung mit dem Vorhandensein dieser Thatsachen, ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten gegeben sei. Beide Auffassungen sind verschieden und führen zu verschiedenen praktischen Ergebnissen: im ersten Fall ist nichts, als das Vorhandensein der angeführten Thatsachen, zu prüfen, im zweiten Fall können auch noch andere Thatsachen in Betracht kommen, sofern sie für das Bestehen oder Nichtbestehen eines solchen Anspruchs wesentlich sind. Man hat diese Controverse namentlich in Bezug auf die gerichtlichen Urtheile behandelt und hat insbesondere die Frage aufgeworfen, ob in solchen Fällen der Beklagte nicht auch die Einwendungen gegen das Fortbestehen der Judicialsschuld, also die Einwendungen aus dem Erlöschen der Judicialsschuld geltend machen könne und bezw. geltend machen müsse, so dass er fürder damit ausgeschlossen wäre. Auf das Gebiet der executorischen Urkunden übergeleitet, würde die Frage dahin lauten: kann und muss in solchem Falle der Beklagte nicht alle Einwendungen, welche er überhaupt gegen die

---

höchstens für die Processkosten (§ 89 C.-P.-O.) kann dies von Bedeutung sein. Natürlich kann die Klage auch dann stattfinden, wenn auf dem Wege des § 668 die Vollstreckungsclausel aufgehoben worden ist: denn mit dem Beschlusse nach Massgabe des § 668 ist nur gesagt, dass die gegebene Executivclausel nicht fortzubestehen hat, es ist nicht gesagt, dass nicht auf dem Wege processualer Feststellung, also unter ganz anderen Voraussetzungen, eine neue Executivclausel erreicht werden darf. Anders wäre es, wenn auf dem Wege der Vollstreckungsgegenklage entschieden worden wäre: dann wäre nicht bloss die Executivclausel aufgehoben, sondern es wäre zugleich constatirt, dass kein Recht besteht, auf Grund dessen eine solche ertheilt werden darf.

Urkunde hat, bei Vermeidung des Ausschlusses zur Geltung bringen? Wie man sieht, würde die Bejahung dahin führen, dass die Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsclausel mit der einfachen Klage aus dem civilistischen Schuldverhältnisse fast durchaus identisch würde[1]), dass diese Klage ganz ebenso wie die einfache Schuldklage das ganze Verhältniss definitiv erledigte[2]); was natürlich auch eine Berücksichtigung des gesammten hierhergehörigen Streitmateriales erforderte. Dies kann aber die Bestimmung der Klage auf Vollstreckungsclausel nicht sein — wozu würde sie überhaupt gegeben, wenn sie in der Hauptsache auf nichts, als auf die einfache selbstverständliche Klage aus dem Schuldverhältniss hinausliefe? Ist dem so, so kann die Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsclausel nur die Feststellung der Thatsachen bezwecken, welche zur Ertheilung der Executivclausel nach Massgabe der §§ 664, 665 wesentlich sind; anderweitige Fragen werden in dem Processe nicht erledigt, anderweitiges Material gehört daher nicht hierher[3]). Die Klage auf Vollstreckungsclausel

---

[1]) Ueber die Zulässigkeit dieser Klage vgl. oben S. 17 f.

[2]) Ich sage, dass sie das ganze Verhältniss definitiv erledigte. Eine Ausnahme wäre allerdings dann gegeben, wenn die Klage abgewiesen würde — nicht wegen Nichtvorhandensein des Schuldanspruchs, sondern wegen Nichtvorhandensein der Eigenschaften eines vollstreckbaren Titels. In diesem Falle würde die Entscheidung ebensowenig der Schuldklage präjudiciren, als wenn etwa eine Feststellungsklage wegen mangelnden Feststellungsinteresses abgewiesen würde. Vergl. darüber meinen Aufsatz in *Grünhut*'s Zeitschr. XIV S. 38 Note 93.

[3]) Unzulässig ist auch die Mittelmeinung, wornach der Beklagte derartige Einwendungen bringen dürfe, aber nicht müsse. So *Seuffert* S. 749 und die dort hiefür citirten. Der Beklagte kann höchstens auf dem Wege der Widerklage die Vollstreckungsurkunde zum Scheitern bringen; auf diesem Wege hat er es in der Gewalt, die Entscheidung aller die Urkunde betreffenden Fragen auf einen Schlag zu erzielen. Dagegen das Vorbringen der einen oder anderen Einrede mit dem Vorbehalte, in einer Vollstreckungsgegenklage neue Einreden zu bringen, würde zu einer Zerreissung des Processstoffes führen und der Tendenz, welche in § 686 Abs. 3 klar zu Tage tritt — nämlich der Tendenz, die Verbescheidung aller Einreden möglichst zu concentriren, völlig widersprechen.

ist daher auch im Falle des § 667 keine actio judicati[1]; sie hat insbesondere mit der actio judicati der §§ 660, 661 nichts zu schaffen.

Sie ist vielmehr dieselbe Klage, wie diejenige, welche ehedem im französischen Processe nöthig war, um die executorische Urkunde gegen die Erben executorisch zu machen: auch hier handelte es sich nur darum, die Erbeneigenschaft, in Bezug auf die Urkunde, zu constatiren. Die Klage ist daher eine Anerkennungs-, eine Constatirungsklage — aber eine Constatirungsklage, beschränkt auf eine bestimmte Rechtsbeziehung.

Diese Constatirung hat zur Folge, dass per consequentiam die functionelle Executivclausel zu ertheilen ist: sie ist zu ertheilen, weil über die massgebende Thatsache, über das massgebende Bedingungs- und Rechtsnachfolgeverhältniss jetzt kein Zweifel mehr obwaltet, weil dasselbe zur juristischen Sicherheit gebracht ist, weil also alles gegeben ist, was die Vollstreckung erfordert.

Die Frage über das Vorhandensein der bedingenden Thatsache oder der Rechtsnachfolge kann auch durch Geständniss und Versäumung festgestellt werden — anders, als die Voraussetzungen des § 661 C.-P.-O. Denn es handelt sich hier nicht um Ertheilung eines executiven Titels, sondern um die Modification eines Titels, welcher bereits die executorische Qualität hat, und welcher in sich die Möglichkeit der Modification von selbst bietet. Ein executorischer Titel kann nur entstehen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen eines solchen objectiv gegeben sind, und die Parteien können durch Geständniss oder contumacia nicht bewirken, dass Titel executorisch werden, welchen die gesetzlichen Voraussetzungen hierzu fehlen; die Modificationen aber sind den Parteien preisgegeben, sie sind daher dem Geständniss und den Contumacialfolgen zugänglich[2]

---

[1] Vgl. auch Reichsgericht 20./5. 1884 Entsch. XI S. 434.

[2] In meiner Abhandlung, Arch. f. civ. Prax Bd. 70 S. 244, habe ich ausgesprochen, dass das Gericht bei der actio judicati des § 660 d. C.-P. das

VIII.

Oben ist die legislative Seite des Instituts erörtert worden; nunmehr ist auf die juristische Construction desselben überzugehen. Denn zwischen der legislativen Motivation und der juristischen Grundlegung ist ein grosser Unterschied: die legislative Motivation kann nicht die juristische Construction ersetzen, und was als legislative Motivation vorgebracht wird, darf nicht so verstanden werden, als ob es mit den juristischen Principien identisch wäre, welche auf Grund legislativer Erwägungen in Kraft getreten sind [1]).

Das juristische Wesen des executorischen Titels besteht darin, dass er einem wirklichen oder potentiellen Rechte die Vollstreckung eröffnet. Da nämlich unsere Rechtsordnung das Verhältniss von Recht und Zwang nicht in der Weise geregelt hat, dass ein Jeder, welcher sich für berechtigt hält, auf seine Gefahr die Vollstreckung betreiben kann, so werden Veranstaltungen getroffen, welche das Recht als wahrscheinlich darstellen und welche die Ausgangspunkte der Vollstreckung sind.

Vorhandensein der Voraussetzungen eines inländisch wirksamen Judicatsanspruchs von Amtswegen zu prüfen hat und habe dies damit erläutert, dass „es sich um die Ertheilung eines vollstreckbaren Titels handelt und ein vollstreckbarer Titel nur ertheilt wird, wenn die Voraussetzungen eines solchen objectiv gegeben sind". Mit Rücksicht auf diese Stelle erklärt *Stein*, Urkunden- und Wechselprocess S. 238 Note 19: „So müssen sich auch die Voraussetzungen des § 661 gefallen lassen, als Processvoraussetzungen zu gelten." Ein eclatantes Missverständniss! Ich sprach über die von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstände; ich führte als Beispiele an die Processfähigkeit und sagte dabei, dass die Voraussetzungen des Processrechtsverhältnisses feststehen müssen. Als zweites Beispiel erwähnte ich die actio judicati, weil die Voraussetzungen eines inländisch wirksamen Judicatsanspruchs zu prüfen seien. Als drittes Beispiel bezeichnete ich die Rücknahme der Klage, mit dem Bemerken, dass hierdurch das Processrechtsverhältniss redressirt wird. Dem gegenüber beruht die Annahme *Stein's* auf völligem Missverständniss, und gegen solche Missverständnisse muss ich entschieden protestiren.

1) Diese Verwahrung sollte eigentlich überflüssig sein, allein mit Rücksicht auf die vielfachen Missverständnisse, die hier unterlaufen sind, dürfte es nicht unangemessen sein, nochmals besonders darauf hinzuweisen. Ueber eines dieser Missverständnisse vgl. meine Abh. im Arch. f. civ. Praxis Bd. 69 S. 185.

Diese Veranstaltungen sind die formellen Motoren der Vollstreckung, die formellen treibenden Mächte: sie wirken, auch wenn im speciellen Falle der Anspruch nicht begründet sein sollte. Diesem formellen Vollstreckungsmotor kann aber die materielle Causa entgegentreten, sofern dasjenige, zu dessen Verwirklichung die Vollstreckung gegeben wird, nicht vorhanden ist, nämlich der Anspruch; und die Art, wie das materielle Recht dem formellen entgegentritt, ist bereits beschrieben worden: die Vollstreckungsgegenklage ist das Mittel, den Mangel der causa zur Geltung zu bringen.

Daher ist die juristische Grundlage der Vollstreckung die formale Veranstaltung, hier also die authentische Urkunde; und wir haben daher zu sagen: die garantirende Form ist der processuale Motor der Execution — vorbehaltlich der Gegenwirkung aus dem materiellen Rechte.

Die Gegenwirkung des materiellen Rechts aber darf nicht so verstanden werden, als ob dasselbe die seitherigen Akte vernichtete, als ob die Rechtswirkungen der Vollstreckung pendente wären und in Folge der Constatirung des materiellen Rechts zerfielen — sondern das materielle Recht kann nur zur Hemmung und Aufhebung führen: es steht zu den Rechtsfolgen der Vollstreckung nicht in dem Verhältniss der Bedingung, sondern in dem Verhältniss der Voraussetzung [1]: als Voraussetzung, deren Mangel zur Hemmung und Aufhebung, nicht zur Nichtigkeit führt [2].

Dass aber die Rechtsordnung auf solche Weise formelles und materielles Recht in Gegensatz bringt und diesen Gegensatz

---

[1] Voraussetzung hier in dem technischen Sinne, wornach die Rechtsfolgen eines Aktes auch bei Ermanglung der Voraussetzung eintreten, aber die Rechtsordnung ein Correctiv bietet, um dieselben wieder rückgängig zu machen. Vergl. meine Gesammelten Abhandlungen S. 21 f.

[2] Daher wird zwar das durch die Vollstreckung geschaffene Pfändungspfandrecht nachträglich aufgehoben, aber es wird lediglich aufgehoben, es wird nicht in die Vergangenheit hinein vernichtet. Vergl. darüber meine Abhandl. in *Grünhut*'s Zeitschr. XIV S. 33 f.

auf dem Wege der Voraussetzung versöhnt, beruht darauf, dass auf solchem Wege das materielle Recht am besten zur Verwirklichung gelangt. Das materielle Recht kann das formelle nicht entbehren, es bedarf solcher selbstständiger Veranstaltungen und solcher selbstständig wirkender Hülfsmittel, und nur das ist wesentlich, dass Behelfe gegeben sind, um das materielle Recht, wo es mit dem formalen in Widerspruch geräth, möglichst zum Siege zu bringen. Es verhält sich hier ganz analog, wie in dem Falle einer Formalobligation, welcher ein materielles Verhältniss als Voraussetzung zu Grunde liegt: auch hier hat die Veranstaltung den legislativen Zweck, das materielle Recht zur ausgiebigen Geltung zu bringen; dieser legislative Zweck aber wird dadurch erreicht, dass der Formalobligation selbstständige zwingende Kraft gegeben wird und das materielle Verhältniss in die bescheidene Rolle der Voraussetzung zurücktritt.

Bei dem rechtskräftigen Urtheil allerdings beugt sich, wie bereits oben S. 11 bemerkt, das materielle Recht vor dem formalen[1]) — nicht umgekehrt —; allein dieses ist ein Zugeständniss, welches in unseren Kulturverhältnissen fast unentbehrlich ist. Daher ist bei dem rechtskräftigen Urtheil eine solche Discrepanz zwischen dem formalen und dem materiellen Rechte seltener — die Wirkung der res judicata, welcher das seitherige materielle Recht sich unterordnet, versöhnt beides. Völlig ausgeschlossen aber ist eine solche Discrepanz auch bei dem Urtheile nicht. Das Urtheil fixirt allerdings den Rechtszustand, aber es fixirt ihn nur für den Moment des Urtheils, bzw. der letzten massgebenden mündlichen Verhandlung, — es fixirt nicht den Rechtszustand für alle Zeiten. Der Urtheilsanspruch aber ist ebenso sehr den verschiedensten Modificationen und Aufhebungen zugänglich, wie jeder andere Anspruch. Nichtsdestoweniger ist das Urtheil ein vollstreckbarer Titel,

[1]) Abgesehen von dem Falle der Restitutionsklage.

es bleibt ein solcher, auch wenn der Anspruch untergegangen ist. Auch hier kann daher eine Disharmonie zwischen formalem und materiellem Rechte eintreten, auch hier ist es die Vollstreckungsgegenklage, welche die Ausgleichung zwischen dem materiellen und dem formellen Rechte bewirkt, und zwar hier zu Gunsten des ersteren. Hieraus ergibt sich auch zugleich die wichtige Beschränkung der Vollstreckungsgegenklage bei Urtheilen — wie sie in § 686 Abs. 2 d. C.-P.-O. statuirt ist: dieselbe kann hier nicht zur Geltung bringen, dass im Momente des Judicats (bzw. der letzten massgebenden mündlichen Verhandlung) kein Anspruch bestand — denn wenn auch ein solcher nicht bestand, so ist er durch res judicata geworden; sie kann nur geltend machen, dass dieser Judicatsanspruch durch spätere Umstände aufgehoben oder gehemmt worden ist[1]). Bei executorischen Urkunden können natürlich solche nachträgliche Aufhebungs- oder Hemmungsgründe gleichfalls in Betracht kommen, aber sie sind nicht die einzigen, auf welche sich die Vollstreckungsgegenklage stützen kann[2]).

IX.

Französische Autoren pflegen die executorische Kraft der Urkunde darauf zurückzuführen, dass der Notar, welcher die Executivclausel ertheilt, kraft Delegation des Staates handle. Allein dieser Grund ist nur äusserlich; warum ist diese Delegation ertheilt und warum nur in Bezug auf Urkunden einer bestimmten Art? In der That liegt der wirkende

---

[1]) Entsprechend auch das englische Recht. Früher galt hierfür das Verfahren, welches audita querela genannt wurde; heutzutage gilt folgendes: No proceeding by audita querela shall hereafter be used; but any party against whom judgment has been given may apply to the Court or a Judge for a stay of execution or other relief against such judgment, upon the ground of facts which have arisen too late to be pleaded; and the Court or Judge may give such relief and upon such terms as may be just. (Supreme Court Order XLII r. 27.). Vgl. auch *Schuster*, Bürgerl. Rechtspflege in England S. 228.

[2]) Vgl. auch die ehemalige bayer. C.-P.-O. § 868.

Grund darin, dass die Rechtsordnung im Interesse des materiellen Rechts einer Veranstaltung exekutive Kraft gegeben hat; die Rechtsordnung könnte ja auch einer Privaturkunde executive Kraft verleihen, sie könnte selbst einem Jeden die freie Befugniss der Execution gewähren, wie sie einem Jeden die freie Befugniss der Klagerhebung gewährt — sie könnte dies, wenn sie es im Interesse der Verwirklichung des materiellen Rechts für angezeigt hielte. Nicht die öffentliche Stellung des Notars ist der wirkende Grund der Execution, sondern die von der Rechtsordnung gewährte Executionsveranstaltung, und die öffentliche Stellung des Notars kommt nur als Motiv in Betracht, sofern derartige Urkunden eine grössere Garantie bieten als andere. Richtiger ist es daher, wenn andere französische Autoren den wirkenden Grund der Executivurkunde in dem a. 1134 Code civ. suchten, welcher besagt, dass „les conventions légalement formées tiennent lieu de loi" — es ist dies insofern richtiger, als hiermit zum Ausdrucke kommt, dass die formelle Veranstaltung desshalb executiv wirkt, weil es ihre Sache ist, dem materiellen Rechte zu dienen.

Eine formelle Executionsveranstaltung mit dem materiellen Anspruch als juristischer Voraussetzung: dies ist also das Princip der executorischen Urkunde. Daraus geht auch von selbst hervor, was bereits an anderem Orte ausgeführt worden ist: der Schuldner kann nicht zum voraus auf die Vollstreckungsgegenklage verzichten[1]): ein solcher Verzicht würde das Institut denaturiren, er würde den formellen Executionsgrund zu einem absoluten erheben, er würde ihn jeder Voraussetzung entbinden und würde auf diesem Wege bewirken, dass auch im Falle des materiellen Unrechtes ein Eingriff in das Vermögen — und ein irrevocabler Eingriff — stattfinden darf. Oder besser gesagt: er würde das materielle Unrecht mit der nämlichen Macht ausstatten, als wenn es

[1]) In meiner Abhandlung in *Gruchot*'s Beiträgen Bd. XXXI S. 317.

materielles Recht wäre; er würde materielles Unrecht zu materiellem Rechte machen, er würde das materielle Recht beugen. Eine solche Beugung des Rechts steht aber den Parteien nicht zu: sie können zwar Rechtsgeschäfte abschliessen, kraft welcher neue Rechtsfolgen eintreten, aber diese Rechtsfolgen treten ein kraft des Willens der Rechtsordnung, welche solche Rechtsfolgen für gut findet, und sie treten ein, sofern und soweit die Rechtsordnung dieselben für gut findet. Und so können auch die Parteien möglicherweise einen nichtigen civilistischen Vertrag, welcher dem vollstreckbaren Titel zu Grunde liegt, durch neuen Vertrag gültig machen und auf solche Weise die materielle Voraussetzung des formellen Titels fundiren. Allein sie können nicht für alle Fälle, wo immer irgend eine Nichtigkeit oder irgend ein künftiges Erlöschen des Vertragsrechtes vorliegt, es bewirken, dass nichtsdestoweniger ein wirksames Vertragsrecht bestehen und fortbestehen soll; denn es gibt Nichtigkeitsgründe, auf welche überhaupt nicht oder mindestens nicht zum Voraus verzichtet werden kann, und ein Verzicht auf jedes künftige Erlöschen des Rechts wäre von selbst ein Unding. Ebenso wenig als daher im gewöhnlichen Rechtsleben ein Vertrag in der Art, dass alle und jede Anfechtung oder Einwendung in Gegenwart und Zukunft ausgeschlossen sein soll, eine Anfechtungsklage oder eine Einrede der Zahlung zum voraus abschneiden kann: ebensowenig kann das Versprechen, die Urkunde nicht anfechten zu wollen, einen jeden Nichtigkeits- oder Aufhebungsgrund bezüglich des materiellen Vertragsrechtes abwenden, welches dem executorischen Titel zu Grunde liegt. Ist aber dies der Fall, ist daher immer noch die Möglichkeit gegeben, dass dem executorischen Titel ein materielles Unrecht zu Grunde liegt, so ist damit die Nothwendigkeit gegeben, zur Versöhnung des materiellen Rechts ein Mittel der Remedur zu gewähren; sonst würde das Institut zu etwas anderem werden, als es wirklich ist.

Gerade im Prozessrechte zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit, dass die Rechtsinstitute Grössen sind, welche die Rechtsordnung nach ihren Zielen und Zwecken gebildet hat; deren sich die Parteien zwar bedienen können, aber nur in der Art und mit der Wirkung, wie solches von der objectiven Rechtsordnung beliebt wird. Niemals lässt sich das Recht herab, dass es sich zum Spielball der Launen der Parteien erniedrigt; vielmehr wird dem Parteiwillen nur insofern eine Mitwirkung gestattet, als eine solche Mitwirkung als geeignet erscheint, die Zwecke des geregelten Kulturlebens zu erreichen.

B. Zur Geschichte der executorischen Urkunde in Frankreich.

I.

Auch in Frankreich haben die zwei Elemente zusammengewirkt[1]), aus welchen die executorische Urkunde hervorgegangen ist: einmal die confessio in jure und sodann der Unterwerfungsvertrag, in welchem der Schuldner erklärt, dass sich der Gläubiger ohne gerichtliches Verfahren seines Vermögens — ja selbst seiner Person unterwinden könne. Dies beweisen die französischen Urkunden des 13. und 14. Jahrh. Man vgl. die Allegate bei *Viollet*, Etabl. des Saint Louis I. p. 230 f. und die Urkunden bei *Dareste*, Ecole des chartes, 3me Serie I p. 454 f. So heisst es in einer Urkunde von 1317 (*Dareste* p. 455, 456): lesdis vendeeurs ont obligié — — tous leurs biens et de leurs hoirs, meubles et non meubles, présens et avenir, ou que il soient trouvés — — pour prendre, saisir, arrester partout, vendre et despendre à tel feur tel vente, sans eus appeller, sans demander quarantainne ou autre délay, sans proposer raisons ne deffenses aucunes pour ces lettres du tout en tout entériner u. s. w.

---

[1]) Ueber diese zwei Elemente vgl. auch *Wach*, der italienische Arrestprocess S. 67 f., *Ficker*, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschiche Italiens I S. 46 f. 55.

Besonders belehrend ist eine Urkunde von 1240, worin Guillaume de Bethune vor den Schöffen von Arras dem Gläubiger sein Vermögen unterwarf und nur seine Person vorbehielt: mist il toutes ses coses, fors sen cors, en droit et en loy el en abandon pardevant eschevins d'Arras (bei *Tailliar*, Recueil d'actes en langue Romane Wallonne p. 107) [1].

Auch wird bereits die Formel gebräuchlich, welche sich in Frankreich bis in dieses Jahrhundert hinein fortgepflanzt hat, dass der Schuldner seinen Gläubiger aufstellt als procureur et message especial comme en sa chose propre, quant à la vendue, et distraccion faire d'iceus biens; so Urkunde von 1316, bei *Dareste* p. 457.

Die Unterwerfungsclausel findet sich auch in den Formularen von *Beaumanoir* XXXV 20 [2]: Et à ce tenir fermement ai je obligié moi et mes hoirs et tout le mien present et avenir, muebles et heritages à estre justicié par quelconque justice il pleroit audit Jehan — et à prendre, vendre et despendre sans nul delai dusqu' à tant que li coust et li damace seroient paié —. Et ai renoncié en ce fet à toute ayde de droit — à toz delais que coustume de païs pot doner. — Vgl. ferner XXXV. 22: puis obligier li et le sien et ses hoirs

---

[1]) Später ist es umgekehrt: Die Obligation führt Personalhaft nur dann herbei, wenn sich der Schuldner derselben ausdrücklich unterworfen hat. Vgl. meinen Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 43. 56.

[2]) Beispiele aus Italien bei *Wach* S. 55 f. Auch bei *Durantis*, Speculum IV part. III de oblig. et solut. (Ed. 1668 p. 342) figurirt eine Formel, auf welche auch *Esmein*, Etudes sur les contrats p. 178 hingewiesen hat: obligaverunt ipsi debitores ipsis creditoribus omnia eorum bona — — usque ad integram solutionem dicti debiti et satisfactionem omnium praedictorum, ita quod a termino in antea, si tunc solutio non fuerit facta, liceat ex pacto ipsis creditoribus et cuique ipsorum propria auctoritate sine curiae proclamatione aut aliqua denunciatione vel aliquo praejudicio dictorum bonorum et quorum ex eis voluerint ingredi possessionem et ea accipere vendere alienare, aliis obligare et apud se justo pretio retinere et se indemnes servare. In diesem Formular des *Durantis* zeigt sich auch deutlich, wie man confessio und Unterwerfungsvertrag cumulirte. In derselben Formel heisst es auch: Insuper promiserunt praeceptum recipere a tali judice ad certum diem de dicta pecunia — — — solvenda. Auch bei *Briegleb*, Ueber execut. Urkunden II S. 77.

à payer. Und vgl. damit auch den ancien contumier de Picardie (*Marnier* p. 92): et il n'ait obligiet par espécial ou généralement ses hyretages pour vendre et despendre; und den Coutumier d'Artois, IV, V. nr. 1, XXII nr. 2 f. (*Tardif* p. 29. 62 f.).

Daneben tritt noch bei *Beaumanoir* die confessio hervor: die confessio vor dem bailli; so XXXV. 23: reconnurent, XXXV. 24: reconnut; und der Siegel des bailli tritt hinzu, porce que ce soit ferme coze et estavle.

Ganz ebenso kommt auch sonst bald der eine, bald der andere Gesichtspunkt zur Erscheinung: der Schuldner ist quenoissans en droit (Etablissements II 37), er confesse estre obligié sous scel royal (*Jean des Mares* a. 104)[1] — und der Unterwerfungsvertrag spiegelt sich in dem bekannten Rechtssatze, dass die Urkunde sous scel eine Universalhypothek erzeugt[2].

---

[1]) Sehr merkwürdig ist es, wie in der ancienne Coutume de Poitou v. 1514 a. 322 auf einmal wieder der judex chartularius auftaucht: et lesditz notaires peuvent juger et condamuer les parties des convenances qu'il accorderont et consentiront; car ils sont juges quant à ce. In der neuen Coutume v. 1560 a. 376 f. ist diese Stelle verschwunden. Das Protokoll derselben (*Bourdot de Richebourg* IV p. 835 f.) constatirt die Aenderung. Der Grund dieser Erscheinung ist folgender: man stellte zuerst die Notare den Richtern gleich, damit die Vicomtes, Barons und Seigneurs châtelains ebenso als berechtigt erschienen, Notare zu creiren, wie sie Richter aufstellten. Diesem trat die neue Coutume entgegen, indem sie das Recht, Notare zu ernennen, beschränkte. Damit hört denn auch die Gleichstellung mit den Richtern auf. Vgl. *Boucheul*, Cout. de Poitou II p. 604. Vgl. übrigens auch *P. de Vergnia* bei *Briegleb* II S. 322.

[2]) La convention d'hypothèque y étant toujours sous entendue, *Pothier*, traité de l'hypothèque ch. 1 a. 1 § 1; *Denisart*, Collect. de décis. v. Contrat nr. 29. Man vergleiche über den historischen Zusammenhang zwischen der Unterwerfungsclausel und der Universalhypothek insbesondere *Esmein*, Etudes sur les contrats p. 202 f. 207 f. Allerdings gingen die Hypothek und die Exécution parée nicht immer Hand in Hand (vergl. z. B. *Basnages*, traité des hypoth. I ch. 12 Ed. 1778 p. 29, *Boucheul*, Coutumier de Poitou ad a. 378 II p. 611): es waren eben zwei Institutionen, die aus einer Mutter stammten. Insbesondere trat die Frage hervor, in welchem Umfang der Siegel eines subalternen Notars Hypothek und Executorialität bewirke, und diese Frage wurde vielfach nach beiden Seiten hin verschieden beantwortet.

Von diesen zwei Ausgangspunkten aus hat sich bereits zu *Beaumanoir*'s Zeiten der Satz entwickelt, dass auf eine Urkunde mit öffentlichem Siegel [1]) keine Processverhandlung stattfindet, sondern „sitost que li sovrains voit le teneur de le lettre. il le doit fere aemplir sans delai", XXXV. 6. So daher auch der Grand coutumier II. 15, (*Laboulage-Dareste* p. 221): si aucun est obligé par lettres séellées du séel royal, il peult estre poursuivy par voye d' exécution — und auch *du Brueil*'s Stilus Curiae Parlamenti XIX. 2 besagt: quandoque enim aliquis alicui se obligat pro aliqua re per literas aliquo sigillo regio sigillatas et ad correctionem dicti sigilli, quandoque per literas proprio sigillo sigillatas. Primo casu potest esse insecurus quandiu vivet per modum executionis; et si aliquam justam exceptionem opponat, non audietur, donec muniverit manum curiae usque ad summam rei petitae. — — — —

Von der grössten Bedeutung ist natürlich die Behandlung des Falles, wenn der Exequendus Einwand erhebt. Hier lassen sich drei Stufen der Entwicklung unterscheiden, drei Etappen in der Ausbildung der Executorialität.

In der ersten Zeit hemmt eine solche Opposition die Vollstreckung ohne weiteres; die Opposition wird aber nur aus gewissen Einwänden gestattet. So ist es in den Usages d'Orlenois, welche einem Theile der s. g. Etablissements de Louis Saint zu Grunde liegen: das Gericht erlässt ein Zahlungsmandat an den debitor, s'il ne viaut mostrer paiemant ou quitance ou esloignement de terme (*Viollet*, Etablissements I p. 519); darauf erhält er einen terme souffisant à prouver s'antancion; misslingt ihm der Beweis in dieser Frist,

---

[1]) Ueber die Frage, welche Siegel als öffentliche Siegel zu betrachten sind, ist hier nicht zu handeln. Sie hängt mit der Geschichte der socialen Organisation Frankreichs zusammen. Bekanntlich war die Siegelmässigkeit ehemals weit verbreitet, bis allmählig der Siegel der gentilshommes seine Bedeutung verlor. Vgl. darüber *Esmein*, Etudes sur les contrats p. 210 f. Vgl. auch beispielsweise Coutume d'Artois XLIX Nr. 11 f. (*Tardif* p. 114), Coutume de Poitou v. 1514 (ancienne) a. 3.

so schreitet man zur Vollstreckung. So auch die Etablissements de Louis Saint II. 37 (*Viollet* II p. 461 f.).

Die zweite Periode gestattet dem debitor, Einwendungen geltend zu machen; auch sie zählt die zulässigen Einwendungen auf; aber diese Aufzählung hört allmählig auf, limitativ zu sein. Dafür soll aber die Einwendung an sich keine durchgreifende Hemmung bewirken: sie soll sie nur bewirken, wenn der Beklagte zugleich den urkundlichen Betrag bei Gericht deponirt, oder wenn soviel gepfändet ist, dass dies als genügende Deckung erscheint: wenn, wie der Sprachgebrauch lautet, der Beklagte manum curiae munivit, wenn er genügende garnison, genügendes nantissement in die manus curiae, in die Hände des Gerichtes geliefert hat. So ist die Sache bei *Beaumanoir*: der Beklagte hat die Einrede des paiement, cuitance ou respit, aber trotz der Einwendungen werden die lettres einstweilen nanties en le main du sovrain de tant que eles parolent; und wenn die Einwendungen verworfen werden, so werden die nantissemens delivrés au deteur, *Beaumanoir* XXXV. 6. Aehnlich auch *du Brueil*'s Stilus Curiae Parlamenti XIX. 4, wornach die exceptiones solutionis, falsitatis literarum et pacti de non petendo vorgeschützt werden können, aber so dass der Beklagte muniverit manum curiae usque ad summam rei petitae (XIX. 2 cf. XIII. 12) [1]).

Ebenso sagt *Ableiges* im Grand coutumier II. 15 (*Laboulaye Dareste* p. 221): Si aucun est obligé par lettres séellées du séel royal, il peult estre poursuivy par voye d'exécution tant comme il vit, et se il s'oppose et propose aucune juste exception, il ne sera point ouy, jusques à tant qu'il ait garny la main de la somme contenue en l'obligation; car si ainsi n'estoit, les tricheurs proposeroient exceptions de convenances, de quittances ou autres, affin que pendant le temps qu'ils

[1]) Vgl. auch *Schwalbach*, Civilprocess des Pariser Parlaments S. 122. 131. Vgl. auch Cout. d'Artois XLIX nr. 10 (*Tardif* p. 114), Bourgogne 151 (*Giraud*, Essai II p. 293).

auroient à prouver leurs exceptions, ils peussent destourner et musser leurs biens, et ceste garnison se doit faire des biens meubles, se le debteur en a tant, sinon des immeubles.

Also der Exequendus wird mit den Einreden nur gehört, sofern durch Hinterlegung oder Pfändung gerichtliche Sicherheit geboten ist [1]).

Dies wird denn auch ausdrücklich bestimmt in der Ordonnance Karl VI. v. 12./11 1384 [2]); hier heisst es: se aucun appelle de l'exécucion d'aucunes desdictes lettres où il chiet garnison de main, en caz d'opposition — le sergent ou autre exécuteur qui sera commis à faire ladicte exécucion ne surserra point de proceder en icelle; mais y procedera et pourra proceder, et ne deferera point audit appel, jusques à ce que l'obligié aura garni nostre main souffisamment, selon l'usage et coustume du païs, de la somme pour laquelle sera requise ou commanciée exécucion contre lui [3]). — —

Und 100 Jahre später bestimmt die Ordonnance Karl VIII. vom Juli 1493 a. 54: [4]) Que toutes les exécutions qui se feront par vertu d'obligations faites sous scel royal ou autre scel authentique dedans les fins et limites où il est authentique, que nonobstant oppositions ou appellations quelconques et sans préjudice d'icelles, la main soit garnie reaument et de fait et que par quelques inhibitions généralles,

---

[1]) Vgl. auch *Galli* Quaestiones decisae, qu. 4 (*Molinaeus*, Opera omnia, Ed. 1658, II p. 1132): si procedat via actionis, non est manus munienda. *Kuntze*, Inhaberpapiere S. 95 Note 3 versteht hier das manum munire irrig dahin: „die Handschrift gelten lassen, die Klage aus ihr zulassen, nämlich vom Richter gesagt"! Vergl. aber schon *Molinaeus* zu dieser Stelle: quod sequestratio sive depositum justius fieri debet etc. etc.; und vgl. ferner *Galli* decis. qu. 378.

[2]) Recueil général des anciennes lois françaises, par *Isambert*, *Decrusy*, *Jourdan* VI p. 598 f.

[3]) Entsprechend heisst es bei *Loysel*, Inst. cout. nr. 892 (*Dupin Laboulaye* II p. 242): Par coutume et usance gardée en cour laie, garnison se fait ès mains du sergent porteur des lettres passées sous scel royal, nonobstant opposition, voire nonobstant l'appel, par l'ordonnance du roi Charles VI de l'an 1384.

[4]) Vgl. die cit. Ausgabe XI p. 234.

si elles ne sont au cas particulières, que l'on ne diffère de passer oultre.

So auch die Coutume de la ville et septene de Bourges ch. 165: tous seaulx quelconques. se sont de gens et seigneurs seculiers, en leurs jurisdictions pourtent main garnie et ainsi fut jugé que ledict scel pourteroit main garnie ... le deuxieme jour d'Avril 1432 par tout le conseil. Vgl. damit ib. a 27.

Die munitio manus curiae sollte regelmässig de bonis mobilibus erfoigen; jedoch aliquando in defectum mobilium munitur de immobilibus, Stilus Curiae XIX. 3. Und so heisst es noch in der Coutume de Bourbonnais v. 1521 a. 98: sera receu à garnir argent ou quittance [1]). Laxer war man in der Normandie, wo man eine munitio durch Verweisung auf Liegenschaften gestattete, sogar im Fall des nudum dominium; so daher auch die Parlamentsentscheidung in *Galli* Quaest. decisae qu. 378 (*Molinaeus* Opera 1658 II. p. 1274): Petrus de Hostor de Normania fuit receptus ad munitionem faciendam de nuda proprietate haereditagiorum suorum in Normania situatorum, ut oppositiones [2]), in quibus alter habebat usumfructum; et fuit propter consuetudinem Normaniae, quae est quod sufficit munire de haereditagiis, licet in Francia de mobilibus.

In dem Rechtsbuche des 15. Jahrh., welches *Beautemps-Beaupré*, Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine unter K. publicirt hat, tritt noch eine weitere Art der garnison, des munimentum hervor: die garnison durch Bürgschaftsstellung, durch Stellung eines plege — allerdings unter besonderen sichernden Garantien. In nr. 211 (I 4 p. 106) heisst es: Nul ne peut empescher le jugié d'estre mis à excecucion — se il ne allegue troys causes ou de troys l'une, c'est assavoir quictance de paiement, ou alonguement de terme, ou satis-

---

[1]) Vgl. auch Cout. de Lille ch. 18 a. 4, Amiens a. 257.

[2]) Fehlt das Verbum.

facion qui comprend les troys autres, ou autres des equippollens[1]; et ad ce conviendroit qu'il meist bon plege, et il le doibt prouver dedans les prouchains XX jours à faire qu'il l'aura plegé. Et doibt jurer de verité entre les parties; ou autrement il ne seroit plus oy en oultre à faire prouve, voyre se il y a renoncé par les liens de la lectre contre lesquelx il ne doit estre receu en riens sans plege — —.

Dies scheint sich nicht bewährt zu haben; denn in den Coutumes von Maine a. 474 und Anjou a. 471 von 1508 wird ausdrücklich gesagt, dass die Bürgschaft nicht mehr genügen soll: la justice doit tenir en main de cour des choses de l'obligé jusques à la valeur de la debte, sans en faire délivrance ô plege n'autrement, s' il ne plaist au créditeur. Wohl aber findet sich dieses Auskunftsmittel in der ancienne Coutume von Bretagne v. 1539 a. 266: Toute condemnation et jugé doit estre exécuté nonobstant quelconque exception que voudroit proposer le detteur, s'il ne la vérifie promptement en baillant caution. Die letzten Worte „en baillant caution" sind merkwürdiger Weise in der neuen Contume v. 1580 a. 237 verschwunden, so dass hier ausnahmsweise eine rückläufige Strömung zu constatiren ist.

Im übrigen ist der Standpunkt der Coutumes am Anfang des 16. Jahrhunderts im Allgemeinen der Standpunkt dieser zweiten Periode: parata executio und Zulassung von Einwendungen gegen garnison dans la main de la cour. Man vrgl. Bourbonnais v. 1521 a. 97: garnison de main qui se peut faire par les sergens, nonobstant opposition ou appellation, en

---

[1]) Hieraus geht hervor, dass man die Aufzählung der Einreden nicht mehr als limitativ betrachtete. Der Gedanke ist, wie anderwärts der, dass nur solche Einreden zulässig sind, welche auf Umständen nach Abfassung der Urkunde beruhen, nicht solche, welche sich auf die Gültigkeit des Instrumentes selbst beziehen — ein Ausfluss der Confessionsidee; vergl. *Briegleb*, Ueber execut Urkunden I S. 99 f.

ensuyvant l'ordonnance du Roy Charles VIII. [1]). Ferner Coutume de la Marche v. 1521 a. 365: S'il y a opposition à ladite prinse ou vente, les biens prins doivent demourer en main tierce par forme de garnison; Coutume de Lille v. 1533 ch. 18 a. 4: un exécuté ne peut estre receu à opposition sans nantir le deu — — lesquels nantissemens se doivent apporter et mettre par les sergens ès mains du dépositaire de la cour. Ja, noch die Coutume von Berry v. 1539 t. 9 a. 1: nonobstant ladite opposition le sergent passera outre jusques à garnison de main; non plus avant, mais assignera à l'opposant certain brief jour, selon la distance des lieux, pardevant le juge auquel la cognoissance en appartient, pour dire ses causes d'opposition.

Aber hier stehen wir bereits an der Schwelle der dritten Periode: um diese Zeit ist der Umschwung eingetreten, insbesondere durch die Ordonnance Franz I. v. 1539 a. 68: die executorische Urkunde trat in ihr drittes Stadium ein. Während seither das munimentum in manus curiae erfolgte, erfolgt es nunmehr in manus creditoris — in der Form der Zahlung gegen Caution. Erst hiermit gelangte der Gedanke der vollstreckbaren Urkunde zum vollen Triumphe, erst hiermit entwickelt sie ihre volle Kraft. Die Ordonnance a. 68 besagt: Et si contre l'exécution desdites obligations y a opposition [2]), sera ordonné, que les biens prins par exécution et autres (s'ils ne suffisent) seront vendus et les deniers mis ès mains du créanier, non obstant oppositions ou appellations quelsconques, et ce par provision, en baillant par le créancier bonne et suffisante caution, et se constituant acheteur de biens de justice [3]).

---

[1]) Vgl. dazu *Auroux des Pommiers*, Coutumes de Bourbonnais (Ed. 1732) I p. 145 f. Vgl. auch *Chassenaeus* bei *Briegleb* II S. 325 f. 327 f.

[2]) Vgl. auch noch Ordannance vom Januar 1572. a. 3.

[3]) Das letztere bezieht sich auf die strenge Haftung der acheteurs de biens vendus par justice. In dieser Beziehung bestimmt die alte Coutume von Orléans (1509) a. 353: Un achepteur de biens vendus par justice quelqu'il soit,

In der That erzählt uns auch *Dumoulin* (Opera Ed. 1685 II. p. 861), dass zu seiner Zeit diese wichtige Aenderung eingetreten ist, so dass der Gläubiger gegen Caution zur Zahlung gelangte: Et sic temporibus antiquis fiebat potius sequestrum quam vera executio usque ad rem judicatam, quod adhuc vigebat, dum essem novus advocatus; postea hodie inductum est, ut data idonea cautione muniatur manus creditoris ob litium prolixitatem nimis sumptuosam et bene. (Dumoulin wurde Advocat im Jahre 1522).

In einigen Gegenden finden wir den Umschwung schon früher; so in der Coutume von Nivernais von 1534 ch. 32 a. 3: Et peut ladite garnison estre faite par le sergent exécuteur ou ordonné par le juge, nonobstant oppositions ou appellations quelconques, suivant les ordonnances royaux. Et celuy qui est condemné à garnir doit y satisfaire dedans deux delaiz qui luy seront préfix et arbitrez par le juge, autrement doit estre débouté de son opposition. Et sera ladite garnison faite ès mains du créancier en baillant caution. Vgl. dazu *Guy Coquille* (*Ed. Dupin*) p. 387 [1]).

Und noch drastischer in der Coutume de Bayonne v. 1514 t. 16 a. 3. Denn hier heist es: s'il est opposant, il sera ouy, tenant prison pendant le procès et par ce la distraction ne cesse ne aussi par appellation, sans toutes fois préjudice d'icelle — also die garnison genügt nicht: der

---

peut estre contrainct par prison et ses biens vendus sans solennité n'attendre les nuicts. Et pour le debt pour lequel il s'est faict et constitué achepteur de biens. Et ne doit estre ouy à aucune chose dire ou alleguer, sinon qu'il veuille alleguer payement depuis ledit achapt de biens. Et néanmoins tiendra prison ou consignera le debt et biens vallables, avant qu'il ait provision de sa personne. Et ne jouira ledit achepteur de l'effet et privilege d'annion, quinquannion et cession. Aehnlich die neue Coutume d'Orléans v. 1583 a. 439; Coutume de Melun a. 318: Acheteurs de biens de Justice ne seront receuz à faire cession, cf. a. 315, und Cout. anc. a. 21; Clermont ch. 18 a. 6.

[1]) Vgl. auch Auvergne (v. 1510) ch. 24 a. 4: Toutesfois si le debteur garnist au créancier la main de biens meubles jusques au debte — — il y sera receu — —.

Schuldner muss in Schuldhaft[1]) und die Vollsreckung wird fortgesetzt.

Umgekehrt ist in einigen Gegenden das alte Recht geblieben; so in Amiens, Coutume v. 1567 ch. 12 a. 257: sinon qu'il nantisse la main de Justice de deniers ou autres meubles de la valeur de la somme pour laquelle se faict la criée. Aehnlich Gorze v. 1624 t. 15 a. 30.

Werfen wir einen Blick auf diese Entwicklung, so sehen wir gerade das Umgekehrte, was wir in manchen anderen Ländern finden: das Institut der executorischen Urkunde ist ferne davon, zu versumpfen und einem senilen Marasmus zu verfallen; die Entwicklung ist ferne davon, die übel angebrachte Rücksicht für den Schuldner in einer Weise zu pflegen, dass das Einrederecht des Beklagten dem Institute den Lebensathem raubt: im Gegentheil, von schüchternen Anfängen aus tritt es immer kräftiger hervor, immer siegesgewisser erhebt es sein Haupt; die französische Rechtsentwicklung hat hiermit eine Kulturpflanze gezeitigt, deren volle Uebernahme in unser Rechtsgebiet im höchsten Masse zu wünschen ist. Und fragen wir, was hauptsächlich zur Erstarkung des Institutes beigetragen hat, so werden wir nicht irre gehen, wenn wir die Ausbildung und Festigung des Notariates als die wirkende Ursache betrachten: in dem Notariat hat die französische Rechtsbildung einen Kultur-Faktor ersten Ranges herangebildet.

II.

Ob die executorische Urkunde auch unter Dritten wirke, war eine Frage, welche die Geschichte dieser Institution tief bewegte; insbesondere war es von grosser Wichtigkeit, ob der Träger der Urkunde auch gegen den Erben executorisch vor-

---

[1]) Die Coutume de Bayonne t. 16 a. 1 statuirt für guarentigiirte Urkunden (rollat) die Schuldhaft neben anderen Vollstreckungsmitteln.

gehen könne. Diese Frage hat das altfranzösische Recht meist verneint; die allgemeine Strömung ging dahin: le vif n' exécute pas le mort, oder wie es bei *Loysel* heisst (Inst. cout. nr. 891): le mort exécute bien le vif et non le vif le mort. Gegen den Erben war ein executives Vorgehen nicht gestattet: man musste zuerst den Executivtitel gegen ihn fesstellen lassen, und dies durch action. So der Stilus Parlamenti XIX. 5 f., so die Coustumes notoires du Châtelet a. 20 (bei *Brodeau* II. p. 530); so *Jean des Mares* a. 132: Se aucun est obligié à un autre, par lettres executoires, se il muert, le creancier ne puet faire executer les heritiers du mort, ains les doit convenir par action, se il n'estoit fils ou fille; vgl. auch ib. a. 162; und so besonders auch *Ableiges* im Grand coutumier II. 15 (*Laboulaye Darests* p. 221): Si le debteur est mort, l'en ne peult poursuyvir les héritiers par voye d' exécution, mais par action personnelle, ne l'héritier ne sera point tenu de garnir. — —

Allerdings wollte die Ordonnance v. 1539 a. 72 [1]) in weiser Fürsorge das Gegentheil statuiren: pourra le créancier — — faire exécuter lesdictes obligations — contre le maintenu héritier, sans préalablement faire faire ladicte déclaration de qualité d'héritier, de laquelle suffira informer par le procez, si elle est déniée, — — — allein diese Bestimmung war verfrüht, sie wurde bereits im Jahre 1549 wieder aufgehoben (*Briegleb*, Geschichte des Executivprocesses S. 196, 199, *Merlin*, Rép. v. Exécution parée § II), und so blieb der alte Satz bestehen; er blieb bestehen und ist mehrfach in den codificirten Coutumes zum Ausdrucke gelangt; so in der Coutume d'Orléans v. 1509 (ancienne) a. 349 [2]) und v. 1583 (nouvelle) a. 433; Nivernais ch. 32 a. 2: Toutes exécutions en biens meubles cessent par la mort du debteur, sinon que l'obligation, condem-

[1]) Vgl. auch ib. a. 66.

[2]) Vgl. dazu die Note *Dumoulin's* (in *Bourdot de Richebourg*, Coutumier III p. 757).

nation ou cedulle vérifiée ou recogneue fust contre l'héritier dudit défunct déclarée exécutoire par sentence ou que la succession fust jacente; — Paris v. 1510 (ancienne a. 171), v. 1580 (nouvelle) a. 168: obligation passée par le mary ou sentence contre luy donnée après le trespas dudit mary ne sont exécutoires sur les biens de la vefve ny des héritiers dudit défunt, avant que tels soient déclarez. Et pour ce faire les faut appeler[1]); Calais a. 240; Montargis (Lorris) ch. 20 a. 4; Blois a. 252: le créancier ne pourra procéder par exécution sur les héritiers du défunt obligé; mais sera tenu procéder par action, si bon luy semble; Mante et Meullan a. 69: On ne peut procéder par voye d'exécution sur les biens meubles et immeubles d'un trespassé et ne sont tenus les héritiers de garnir la main, encores que le défunct de son vivant en fust tenu, sinon que le créancier eust pareille condamnation ou obligation à l'encontre dudit héritier, qu'il avoit sur ledict défunct; Bourbonnais a. 106: sur les immeubles de son débteur ou son héritier, déclaration préalablement faite qu'il soit héritier[2]); Auvergne ch. 24 a. 1, 5 u. 6; Marche a. 363, 370; Melun a. 321 (alte Coutume a. 19); Estampes a. 152; Vallois a. 183; Clermont ch. 18 a. 7: Le mort exécute le vif, non contra; Amiens a. 254. So wurde es auch in vielen Coutumes muettes gehalten; vgl. *Boucheul*, Coutumier . . . . de Poitou II. p. 682 f.

Allerdings gestattete man unter bestimmten Umständen mindestens eine vorläufige Beschlagnahme des Erbschaftsvermögens, so insbesondere, wenn die Erbschaft an Fremde fiel, oder wenn die Person der Erben unbekannt war (im Fall der succession jacente im Sinn der Coutumes); so Orléans (nouvelle) a. 433. 441 (anc. a. 349. 355); Blois a. 253 (par congé de

---

[1]) Vergl. dazu *Duplessis* (Oeuvres Ed. 1754) I p. 622, und namentlich *Brodeau*, Coustume de Paris II p. 400 f.

[2]) Vgl. hierzu *Auroux des Pommiers* I p. 157.

juge), 254; Clermont ch. 18 a. 12; Nivernais ch. 32 a. 2 (qu'il n'y eust heritier apparent — — sur les biens dudit defunct jacens et non occupez). Ja, die neue Pariser Coutume a. 169 gewährte eine solche Beschlagnahme allgemein: pour la conservation du deu des créanciers peuvent estre les biens du défunt et de la communanté saisiz et arrestez, commandement préalablement fait à la vefve et héritiers[1]). Ebenso Calais a. 241; vgl. auch schon Montargis ch. 20 a. 4. Allein einige Rechtsgebiete gingen noch weiter; sie setzten sich über die ganze Beschränkung hinweg und gewährten ein executives Vorgehen unmittelbar gegen die Erben. So ist es nach den Rechtsbüchern des 15. Jahrh., welche *Beautemps-Beaupré*, Coustumes et institutions de l'Anjou et du Maine als F und K publicirt hat: hier ist gesagt, dass das executorische Vorgehen nicht gegen den dritten Besitzer der Liegenschaft stattfindet, wohl aber gegen den Schuldner und seinen „hoir". So F nr. 914: Execucion de lectre ne doit estre faicte par vertu de jugé ne mais contre celui qui donna le jugé ou sur son hoir (I 2 p. 326), und ähnlich K nr. 208 (I 4 p. 105)[2]).

Und in der That findet sich das Gleiche noch in den Coutumes von Maine a. 472 und von Anjou a. 469 v. 1508:

---

[1]) Dass die executio inchoata in heredes debitoris transit, war allgemein anerkannt. So die Coustumes notoires du Chastelet a. 5. 22. 65 (*Brodeau* II p. 528. 531. 538), so *Jean des Mares* a. 160 (ib. p. 578), so *Dumoulin* in der cit. Note zu a. 349 C. d'Orleans, so *Brodeau* II p. 401. Vgl. jedoch Clermont ch. 18 a. 7.

[2]) Gegen den dritten Liegenschaftsbesitzer konnte man nur durch Klage vorgehen: F nr. 914 (I 2 p. 326): car si aucun tenoit aucuns biens obligez à autre par vertu de jugé, si ce n'estoit celui qui fist l'obligacion ou son heritier, l'on ne pourroit pas contre lui requerre execucion, aincois convendra que celui qui auroit le jugé lui demandast par vertu d'action, et lui faire demande qu'il poiast ou qu'il deguerpist. Aehnlich K nr. 208 (I 4 p. 105). Dagegen war der directe Zugriff gegen dritte Liegenschaftsbesitzer in der Coutume de Normandie v. 1583 a. 546 gestattet, wo es heisst: les héritages, rentes et choses immeubles appartenans ou ayant appartenu au débiteur peuvent être saisis en la main de Justice pour être décrétés — sans qu'il soit besoin faire sommer le tiers possesseur — — (*Basnages* II p. 486). Uebrigens hängt dieser Punkt zu sehr mit der Gechichte des Hypothekenrechts zusammen, als dass wir ihn hier erledigen könnten. Vgl. auch schon Grand coutumier p. 221.

ein hypothekarisches Vorgehen ist statthaft „sur l'un des héritiers ou sur tous ensemble sur les biens au choix du créditeur", und zwar kann man procediren „par voye d'adjournement et action simple ou par exécution sur eux comme l'on feroit sur les principaux obligez s'ils vivoient".

Ausserdem gestattete man ein executives Vorgehen gegen die Erben in der Bretagne, in der Normandie, in Bordeaux, in der Provence, in Burgund; vgl. *Merlin*, Rép. v. Exécut. parée § II. In der Normandie war solches ausgesprochen durch a. 546 der Coutume von 1583 und durch a. 129 des Réglements von 1666; daher sagt auch *Basnage* (Oeuvres, 4 Ed. 1778) II p. 487: Nous n'observous point l'usage de Paris, où les obligations d'un défunt ne sont exécutoires contre sa veuve et ses héritiers, avant qu'on les ait fait déclarer exécutoires contr' eux. Und in Bordeaux wurde durch einen Acte de notoriété v. 18. Decbr. 1719 festgestellt: que les jugemens rendus contre des personnes qui viennent à décéder postérieurement, sont exécutoires contre leurs héritiers, sans qu'il soit besoin de le faire ordonner (*Denisart*, Collect. II p. 366). Ueber Burgund vgl. *Chassenaeus* bei *Briegleb* II S. 325.

Ausdrücklich gestattet wurde die Execution gegen die Erben in dem Rechte von Lothringen t. 17 a. 8: est exécutoire de plein sault contre l'héritier de l'obligé — au semblable qu'elle l'eut esté contre le debteur; ebenso in den Chartes générales des Hennegaus v. 1619 ch. 109 a. 2 (*Faider*, Coutumes de Hainaut II p. 410): seront exécutoires non seullement contre les obligez principaulx, mais aussi contre leurs héritiers. Vgl. damit ch. 53 a. 11 (ib. p. 241).

Wie mit der Erbfolge an den Schuldner, verhielt es sich mit dem Uebergange der Passivschuld aus dem Vermögen der Frau in das Vermögen der ehelichen Gütergemeinschaft. So Coutume de Mante et Meullan a. 70: si une femme vefve s'oblige et depuis elle se remarie, l'obligation n'est exécutoire durant le mariage, ains fault poursuyvre le mary par action.

Keine Succession tritt ein, wenn eine Verpflichtung durch den Prior eines Klosters eingegangen wird und der Prior stirbt. Daher *Galli* Quaest. decisae, qu. 370 (*Molinaeus*, Opera, Ed. 1658 II p. 1272): Litera obligatoria Prioris et Conventus facta, eorum sigillis sigillata, post mortem Prioris sigillis recognitis est executoria super bonis Conventus et Prioris post mortem Prioris. *Dumoulin* fügt bei: quia est nomen dignitatis, quae non moritur. Vgl. auch Bourgogne (anc.) a. 152 (*Giraud* II p. 293).

Dass umgekehrt die Erben des Gläubigers [1]) zur Ausführung des executorischen Titels berechtigt waren, ergibt sich bereits aus dem vorigen. Ausdrücklich gesagt ist es bei *Jean des Mares* a. 133, und in verschiedenen Coutumes: so Auvergne (v. 1510) ch. 24 a. 1: le créancier ou son héritier; so Bourbonnais a. 106; Melun a. 321: la vefve ou héritiers d'aucun créancier trespassé peuvent faire mettre à exécution les lettres obligatoires passées sur les biens de leur debteur obligé; Estampes a. 152; Nivernais ch. 32 a. 1; Montargis ch. 20 a. 3; Vallois a. 162; Clermont ch. 18 a. 7; Orléans anc a. 349.

Grössere Schwierigkeit hatte die Sache bei der sonstigen Succession in das Forderungsrecht — insbesondere wenn die Forderung einer Frau gehörte und in die eheliche Gütergemeinschaft fiel. *Jean des Mares* a. 406 versagt in diesem Fall das Vorgehen par exécution, und gestattet nur die Procedur par action: quar le debteur ne li est pas obligié. Und die bei *Beautemps-Beaupré*, Coutume de l'Anjou et du Maine publicirten Rechtsbücher F und K gewähren dem Cessionar kein Executionsrecht; so F nr. 915 (I 2 p. 326): si celui à qui le jugié auroit esté passé avoit cessé à ung autre le droit qu'il auroit en celui jugié, celui à qui il auroit faicte ladicte cession ne pourroit requerre ladicte execucion, aincoys convendroit qu'il venist par maniere d'action contre lui qui aura donné le jugé; ähnlich K nr. 209 (I 4 p. 106).

---

[1]) Auch der Testamentsvollstrecker, Clermont ch. 18 a. 7.

In der That findet sich die gleiche Bestimmung bereits in der Ordonnance Franz I. von 1539 a. 76: que par faute de paiement de moissons de grain ou autres espèces deues par obligations ou jugement exécutoire, l'on pourra faire faire criées, encores qu'il n'y ait point eu d'appréciation précédente, laquelle se pourra faire aussi bien après lesdites saisies et criées comme devant.

Wie so manche andere Bestimmung der Pariser Coutume, ist auch diese in die Coutume von Calais aufgenommen worden, a. 239. Sie ist später in die Processordonnanz von 1667, und von hier aus in den Code de procédure und in den Code civil übergegangen.[1])

So ist das Institut der executorischen Urkunde nicht etwa ein neues Experiment; es ist ein Element des Rechtslebens, welches Jahrhunderte lang aufgekeimt und aufgeblüht ist: wenn wir es heutzutage einführen, so brechen wir nur die Frucht einer Jahrhunderte langen bewegten und wechselvollen Vergangenheit.

---

[1]) Vgl. oben S. 9 f.